

FORVALTNINGENS FORHÅNDSUTSAGN
Særlig om betydningen av forvaltningens veiledende
forhåndsuttalelser

Kandidatnummer: 601
Leveringsfrist: 25. april 2009

Til sammen 16 520 ord

22.07.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>BEGREPET ”FORHÅNDSUTTALELSER”</u>	<u>3</u>
2.1	Innledning	3
2.2	Formell veiledningsplikt	4
2.3	Bindende forhåndstilsagn og forhåndsføringer	6
<u>3</u>	<u>FORVALTNINGENS PLIKT TIL Å GI VEILEDENDE FORHÅNDSUTTALELSER</u>	<u>15</u>
3.1	Innledning	15
3.2	Materiell veiledningsplikt	15
3.3	Plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser	17
<u>4</u>	<u>SAKSBEHANDLINGSREGLER VED AVGIVELSE AV VEILEDENDE FORHÅNDSUTTALELSER</u>	<u>20</u>
<u>5</u>	<u>BETYDNINGEN AV AT FORVALTNINGEN HAR UTTALT SEG FOR SENERE MYNDIGHETSUTØVELSE</u>	<u>22</u>
5.1	Innledning	22
5.2	Begrepet ”berettigede forventninger”	24
5.3	Berettigede forventningers betydning ved forvaltningens skjønnsutøvelse	29
5.3.1	Innledning	29
5.3.2	Uttalelser om resultatet og uttalelser om den senere skjønnsutøvelse	29
5.3.3	Forvaltningens adgang til å ta berettigede forventningers i betraktning ved skjønnsutøvelsen	30

5.3.4	Forvaltningens plikt til å ta i betraktning berettigede forventninger ved skjønnsutøvelsen	36
<u>6</u>	<u>SANKSJONER VED OVERTREDELSE AV KOMPETANSE</u>	<u>41</u>
6.1	Innledning	41
6.2	Erstatning	41
6.2.1	Innledning	41
6.2.2	Økonomisk tap og årsakssammenheng	43
6.2.3	Ansvarsgrunnlaget	44
6.3	Klage til sivilombudsmannen	50
<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>53</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>
	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>57</u>
	<u>REGISTER- FORARBEIDER</u>	<u>58</u>
	<u>REGISTER- FORSKRIFTER</u>	<u>59</u>

1 INNLEDNING

Tema for denne avhandling er først og fremst hvilken betydning forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser har. Det jeg ønsker å gjøre rede for er hvilke rettsvirkninger forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser kan tenkes å få i kraft av de forventninger de måtte skape for den private.

Dette innebærer for det første at det er uttalelser gitt i forkant av en formell beslutning, typisk vedtak, jeg her har for øye. For det andre er det her kun tale om de uttalelser som er gitt av forvaltningen til private, og ikke uttalelser gitt internt i forvaltningen. Det er disse som er egnet til å gi private forventninger om senere bruk av avgjørelsesmyndighet.

For det tredje er det de ikke- bindende forhåndsuttalelser betydning jeg her vil ta for meg, og videre de ikke- bindende forhåndsuttalelser av materiell karakter. Jeg finner det derfor nødvendig og først å si noe om begrepet ”forhåndsuttalelser”, dette vil bli gjort i kapittel 2. Jeg henviser derfor til denne.

Jeg forutsetter videre at det er den private som henvender seg til forvaltningsorganet og etterspør veiledning om sine materielle rettigheter og/eller plikter.

Før jeg går inn på selve hoveddrøftelsen finner jeg det hensiktsmessig å også si noe om forvaltningens adgang og plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser, se kapittel 3. I kapittel 4 vil jeg si litt om hvilke saksbehandlingsregler som gjelder ved avgivelse av veiledende forhåndsuttalelser. Kapittel 5 og 6 tar for seg denne avhandlingens hovedproblemstilling: Betydningen av forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser. For det første hvilken betydning veiledende forhåndsuttalelser kan få for forvaltningens senere myndighetsutøvelse. For det andre hvilke sanksjoner som kan tenkes hvor forvaltningen ved sine veiledende forhåndsuttalelser har gått utenfor sin kompetanse.

Det er et par begreper som trenger en nærmere presisering; begrepet ”veiledende forhåndsuttalelse” og begrepet ”berettigede forventninger”. Disse vil bli nærmere behandlet i henholdsvis kapittel 2 og 5.2. Jeg begrenser meg derfor til å si følgende: Med ”veiledende forhåndsuttalelse” mener jeg her konkrete uttalelser om materielle rettigheter og plikter i forkant av en formell beslutning som ikke er tilsiktet å være direkte bindende. At uttalelsen er konkret innebærer at det er et bestemt rettssubjekts rettigheter og/eller plikter forvaltningen uttaler seg om. Det siktes altså ikke til de tilfeller hvor det blir gitt generell rettsinformasjon, men de tilfeller hvor de går inn på tolknings-, sumsumsjons- og/eller skjønsspørsmålet. At uttalelsene videre ikke er tilsiktet å være bindende innebærer at dette er uttalelser som er gitt av forvaltningen uten at de var ment å innebære noen binding. De rettsvirkninger en slik uttalelse får beror derfor på hvilken betydning en privat parts forventninger som følge av den gitte uttalelse eventuelt kan få. Med ”berettigede forventninger” mener jeg en forventning foranlediget av en forvaltningsmyndighet som det er berettiget at den private har fått.

2 BEGREPET "FORHÅNDSUTTALELSER"

2.1 Innledning

Den offentlige forvaltningen har etter hvert fått ganske mange oppgaver. Den bedriver blant annet fordeling av goder til private, sørger for finansiering av sin virksomhet gjennom blant annet inndrivning av skatter og avgifter, konfliktløsning samt regulering og kontroll av privates adferd. Dette har medført at vi etter hvert har fått et ganske så omfattende og komplisert regelverk. For private kan det være vanskelig å orientere seg i dette regelverket. De vil derfor i stor utstrekning ha behov for råd og veiledning i forhold til sine rettigheter og plikter.

En privat kan tenkes å ha spørsmål som angår mer formelle sider ved beslutningsprosessen. Slik som hvem vedkommende må henvende seg til dersom en ønsker å få avgjort et krav, hvilke saksbehandlingsregler som gjelder for den aktuelle saken eller hvilke frister som gjelder for å kunne gjøre kravet gjeldende. Dette kaller jeg formell veiledning, nærmere om dette i 2.2. Disse typer uttaleser faller utenom denne avhandlings problemstilling, da det her er spørsmål om hvilken betydning privates forventninger om et bestemt resultat kan få.

Private kan også tenkes å ha spørsmål som direkte angår deres materielle rettigheter og plikter, som for eksempel om de har rett på en form for stønad etter folketrygdeloven, heretter forkortet ftrl., om det nærmere innholdet av deres plikter som følge av stønadsforholdet, om de vil få en eller annen tillatelse, om et bestemt forhold vil ha betydning ved vurderingen i en eventuell senere sak osv. Noen ganger vil forvaltningens vurdering av et spørsmål være av så stor betydning for den private at vedkommende kan ha behov for å få klarlagt dette på forhånd, slik at han eller hun kan innrette seg etter dette. Forvaltningen gir i disse tilfeller ofte uttrykk for hvordan de vil se på saken dersom den blir

aktuell¹. Dette gjør de i form av ikke-bindende forhåndsuttalelser, ved bindende forhåndstilsagn/forhåndsuttalelser eller det som jeg og Boe kaller forhåndsføringer. Jeg skal konsentrere meg først og fremst om hvilken betydning de såkalte ikke- bindende forhåndsuttalelser har. Nærmere om denne begrepsbruken nedenfor i 2.3.

Med forvaltningens forhåndsuttalelser kan således forstås så mangt. Rent språklig kan det dekke enhver uttalelse gitt av forvaltningen i forkant av en formell beslutning. De kan være både bindende og ikke- bindende. Videre kan de angå både formelle og materielle sider ved beslutningsprosessen. Det jeg her ønsker er altså å gjøre rede for betydningen av de ikke-bindende uttalelser vedrørende den materielle side av beslutningen. Det er uttalelser om tolkingen, subsumsjonen og den frie skjønnsutøvelsen jeg her har for øye. For den videre fremstilling vil jeg benytte begrepet veiledende forhåndsuttalelser om denne type uttalelser. Det kan virke overflødig å betegne en forhåndsuttalelse som veiledende, altså som en motsetning til det å være bindende. Dette følger av begrepet selv. Innen skatte- og avgiftsretten opererer de imidlertid med begrepet ”bindende forhåndsuttalelser”. For å presisere at de forhåndsuttalelser jeg taler om ikke er bindende velger jeg derfor å kalle disse for veiledende forhåndsuttalelser. Begrepet må således avgrenses mot bindende forhåndstilsagn/forhåndsuttalelser og bindende forhåndsføringer på den ene siden og mot formell veiledning på den andre siden. I det følgende vil jeg si noe om disse typer uttalelser for å presisere forskjellene.

2.2 Formell veiledningsplikt

Spørsmålet er her i hvilken utstrekning forvaltningen har plikt til å veilede om selve saksbehandlingen, altså et spørsmål om hvordan man må gå frem for best å kunne ivareta sine interesser i en sak angående ens materielle rettigheter og plikter. Dette kaller jeg formell veiledning. Materiell veiledning er veiledning om selve innholdet av vedkommendes materielle rettigheter og plikter. Jeg vil her gjøre rede for forvaltningens

¹ Frihagen(1991) s. 295

formelle veiledningsplikt etter fvl. § 11. I kapittel 3 vil jeg drøfte om og i hvilken utstrekning forvaltningen også har en materiell veiledningsplikt etter denne bestemmelsen.

Det følger av forvaltningsloven, heretter forkortet fvl., § 11 at forvaltningsorganene har en alminnelig veiledningsplikt. Denne gjelder så lenge ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov, jfr. fvl. § 1. Det siste innebærer at det for enkelte forvaltningsorgan kan gjelde andre regler om veiledningsplikt. I det følgende vil jeg imidlertid kun ta for meg veiledningsplikten etter forvaltningsloven.

Fvl. § 11 er plassert i lovens kapittel III om alminnelige regler om saksbehandling. Dette innebærer at bestemmelsen gjelder all virksomhet forvaltningen bedriver, og ikke bare når den fatter enkeltvedtak og utsteder forskrifter, se også fvl. § 3(1) forutsetningsvis.

Med formell veiledning siktes det altså til veiledning om hvordan en privat bør eller må gå frem for på best mulig måte å få ivarett sine interesser i en beslutningsprosess. Det kan som jeg var inne på innledningsvis i dette kapitlet være spørsmål om hvem som er rett organ, jfr. fvl. § 11(4). Forvaltningsorganene skal også veilede om saksbehandlingsreglene, særlig de etter forvaltningsloven, jfr. fvl. § 11(2) b. Videre skal de gi beskjed til den private dersom dennes henvendelse inneholder feil, mangler, misforståelser eller lignende, hvor dette er nødvendig. Vedkommende bør her få anledning til å rette feilen innen en angitt frist. Ved behov bør forvaltningen også veilede om hvordan retting kan skje, jfr. fvl. § 11(4) 2. pkt flg.

Det følger av fvl. § 11 siste ledd at: ”Kongen kan gi nærmere bestemmelse om utstrekningen av veiledningsplikten og om den måten veiledningen skal ytes på”. Slike bestemmelser er gitt i forskrift til forvaltningsloven kapittel 2. Det følger av forskriftens første kapittel, § 1 at forskriften gir bestemmelser som: ”utfyller presiserer og gjør unntak fra forvaltningsloven, når ikke annet følger av ellers gjeldende bestemmelser”. Når det gjelder den formelle veiledningsplikten er særlig §§ 3 og 4 av interesse. Forskriften § 3 sier at forvaltningsorganet bør hjelpe til med utfylling av skjemaer, utarbeide klager og

lignende når det synes å være behov for dette. En plikt har forvaltningsorganet ikke med mindre det er særskilt bestemt. Av § 4(1) følger det at hvor det kommer skriftlige henvendelser til urett myndighet bør organet i alminnelighet sende dette til rett myndighet direkte og samtidig underrette parten om oversendelsen. Dette er noe mer enn det forvaltningen etter fvl. § 11(4) pålegger. Forvaltningen har kun en plikt til å vise til rett organ. Men forvaltningen har ingen plikt etter forskriftens § 4, jfr. ”bør”. Av § 4(2) følger det at: ”Gjelder henvendelsen veiledning eller bistand i sak som hører under overordnet eller underordnet organ eller sideordnet organ i annet distrikt, bør organet selv gi veiledning eller bistand dersom det er mest praktisk for vedkommende som har henvendt seg”. Det oppstilles heller ikke her noen plikt, jfr. ”bør”.

Uttalelser forvaltningen i denne relasjon kommer med er av en annen karakter enn bindende forhåndstilsagn/forhåndsuttalelser, forhåndsføringer og veiledende forhåndsuttalelser. Vi taler her om uttalelser som ikke berører beslutningsprosessens materielle side. Disse er således ikke egnet til å gi private noen forventninger om innholdet av den beslutning forvaltningsorganet senere vil treffe. Disse typer uttalelser har verken i teorien eller praksis blitt karakterisert som forhåndsuttalelser.

2.3 Bindende forhåndstilsagn og forhåndsføringer

Betegnelsen ”forhåndstilsagn” brukes om beslutninger som er truffet på et mer eller mindre foregrepet tidspunkt i det som ellers kan sies å være forvaltningens normal ordning.

På noen områder er det fastsatt ved lov at forvaltningen kan gi bindende forhåndstilsagn. Dette er blant annet hjemlet i Ligningsloven, heretter forkortet lignl., kapittel 3A. Denne gir skattemyndighetene adgang til å gi bindende forhåndsuttalelser til skatteytere om de skattemessige konsekvenser av en planlagt disposisjon før den igangsettes, dersom det er av vesentlig betydning for skatteyter å få klarlagt virkningene av disposisjonen, eller spørsmålet er av allmenn interesse, jfr. lignl. § 3A-1 nr. 1.

Virkningene av at skatte- og avgiftsmyndighetene har avgitt forhåndsuttalelse følger av lignl. § 3A-1 nr. 2 at: ”Avgitt forhåndsuttalelse etter dette kapittel skal legges til grunn som bindende ved ligning dersom skatteyder krever det og den faktiske disposisjonen er gjennomført i samsvar med forutsetningene i uttalelsene”. Det oppstilles her to vilkår for at det skal foreligge en plikt for skatte- og avgiftsmyndighetene til å legge uttalelsen til grunn. For det første må skatteyderen kreve at den blir lagt til grunn. For det andre må den faktiske disposisjonen være gjennomført i samsvar med forutsetningene for uttalelsene.

Finansdepartementet uttalte følgende om dette siste i forarbeidene: ”Dersom det er skjedd endringer i de forutsetninger som har vært avgjørende for uttalelsen, kan ikke den skatte- og avgiftspliktige kreve at skatte- og avgiftsmyndighetene skal legge forhåndsuttalelsene til grunn ved fastsettelsen. Dette må for det første gjelde endringer i de faktiske forhold som har vært avgjørende for utfallet.” Det kan her virke til at ordlyden tilsier en større omgjøringsadgang enn forutsatt i forarbeidene, jfr. ”de forutsetninger som har vært avgjørende for uttalelsen”(min understrekning).²

At en forhåndsuttalelse er bindende innebærer at den langt på vei skal legges til grunn ved en senere sak. Det ble uttalt følgende om virkningene av en bindende forhåndsuttalelse i forarbeidene: ”Skal en forhåndsuttalelse skape forutberegnelighet for skatte- og avgiftspliktige, må den være bindende for skatte- og avgiftsmyndighetene. Departementet foreslår derfor at disse myndighetene forplikter til å legge forhåndsuttalelsene til grunn når det forhold det er tatt stilling til behandles(...). Så lenge den avgiftspliktige følger forhåndsuttalelsen, vil det fra avgiftsmyndighetenes side ikke kunne fattes enkeltvedtak som strider mot forhåndsuttalelsen(...) Det sentrale i ordningen er at en skatte- og avgiftspliktig skal kunne innrette seg etter uttalelsen uten risiko for at myndighetene fraviker svaret, når han selv ønsker svaret lagt til grunn.” Dette innebærer at så lenge skatteyderen følger forhåndsuttalelsen vil skattemyndighetene ikke kunne fatte vedtak i strid med forhåndsuttalelsen.³

² Ot.prp.nr.1(2000-2001), s. 96

³ Ot.prp.nr.1(2000-2001), s. 96

Den bindende virkning gjelder bare under den forutsetning at rettstilstanden ikke er endret ved lov eller forskrift som vil omfatte den aktuelle disposisjonen. Endring i lovgivning som er lagt til grunn for forhåndsuttalelsen, og som er satt i kraft med virkning før den aktuelle disposisjon er iverksatt går således foran den avgitte forhåndsuttalelse. Stortingets lovgivningsmyndighet kan ikke bindes opp ved denne ordningen. Endringer i administrativ praksis eller rettspraksis medfører derimot trolig ikke at skattemyndighetene kan se bort ifra en forhåndsuttalelse, jfr. forarbeidene.⁴

Også etter merverdiavgiftloven kapittel XIVa og petroleumsskatteloven § 6 nr 4 kan myndighetene gi bindende forhåndsuttalelser.

Disse typer forhåndsuttalelser i realiteten vedtak, de er bare fattet i forkant av disposisjonen. Å betegne disse som forhåndsuttalelser er derfor misvisende. Hvor man eventuelt skulle velge å utvide denne ordningen til andre rettsområder bør man kanskje vurdere en annen betegnelse som tydeliggjør at forvaltningsorganet har bundet seg.

Det er noe usikkert i hvilket omfang forvaltningen kan gi forhåndstilsagn uten hjemmel i lov.⁵ I teorien er det antatt at forvaltningen har en viss adgang til å gi forhåndstilsagn utover det som er lovregulert. Her er det uenighet om det er adgang til å gi tilsagn både om hvordan skjønnsmyndigheten vil bli brukt og om rettsanvendelsen. Frihagen mener det bør være en viss adgang til bruk av forhåndstilsagn i begge tilfeller.⁶ Eckhoff og Smith mener imidlertid at det når det gjelder forhåndsbinding av skjønnsmyndighet har forvaltningen en viss adgang til å binde sin kompetanse, men at dette ikke gjelder for rettsanvendelsen. De uttaler i den forbindelse at: ”Det ville være uheldig om et forvaltningsorgan kom i skade for å binde seg til en løsning som det blir klar over er rettslig uholdbar, før spørsmålet aktualiseres.”⁷ Også Boe deler dette syn. Han mener at skal forvaltningen kunne binde sin

⁴ Se ot.prp.nr. 1(2000-2001), s 96, forskrift av 14. juni 2005 nr. 550 § 13(1) siste pkt.

⁵ Frihagen(1991) s. 304

⁶ Frihagen(1991) s. 304-305

⁷ Eckhoff(2003) s. 384-385

myndighet må hjemmelen for myndighetsformen i det minste gi diskresjonær kompetanse. Hvor loven sier hvilket vedtak forvaltningen skal treffe, kan ikke forvaltningen love bort et annet resultat: ”Da sier *loven* hva som skal skje. Avtaler forvaltningen et annet resultat enn lovens, gjør den avvik fra lov. Det går ikke an på grunn av trinnhøydeprinsippet.”⁸

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig for å si at forvaltningsorganet har kompetanse til å binde senere myndighetsutøvelse at loven gir skjønnsfrihet. Skjønnsfrihet til å bestemme hvordan myndighet skal brukes er ikke et aktivum som forvaltningen står fritt til å forhandle om. Først og fremst skal forvaltningen ivareta de samfunnsinteresser som hjemmelsloven er satt til å fremme. Det er derfor trolig begrenset adgang til å forhåndsbinde skjønnsmyndighet. Rettspraksis tilsier dette, ikke i form av uttalelser om kompetanse, men gjennom tendensen til å bortfortolke forvaltningens utsagn som forpliktende.⁹ I rt. 1973 s. 107, s. 111 uttalte Høyesterett: ”Utgangspunktet må være at tungtveiende grunner taler mot at staten ved dispositive utsagn binder sin forvaltningsmyndighet for fremtiden, og at det derfor er en ganske sterk presumsjon mot at staten er bundet.” Høyesterett kom her til at det ikke forelå binding.

Også i rt. 1975 s. 620, kom Høyesterett til at det ikke forelå noe bindende løfte fra forvaltningen, og uttalte i den forbindelse: ”Dette skal det etter min oppfatning meget til, og mer enn ordlyden i den annonse de har vist til og utformingen av reguleringsplan med tilhørende reguleringsbestemmelser som de fikk presentert da de meldte seg som tomtekjøpere. (...) Skulle salgsavtalene ha medført et rettslig krav fra ankemotpartene gående ut på at reguleringsplanen ikke ble endret til deres skade, og i hvert fall uten mot erstatning, måtte det under enhver omstendighet vært gitt et klart tilsagn herom fra kommunens kompetente organ- kommunestyret. Noe sådant foreligger ikke her.”

Det skal således mye til for at man kommer til at staten har bundet seg ved sine uttalelser. I mange tilfeller vil domstolene således komme til at forvaltningen ikke har bundet seg. Da er man tilbake i de ikke- bindende uttalelser, altså de veiledende forhåndsuttalelser, og

⁸ Boe(1993), s. 813

⁹ Boe(1993), s. 813

spørsmålet er hvilken rettslig betydning uttalelsene da får. Dette skal drøftes i kapittel 5 og 6.

I rt. 1992 s. 1235 kom Høyesterett imidlertid med en uttalelse som kunne tilsi en forholdsvis vid adgang til å gi forhåndstilsagn. De uttalte på s.1241 at: ”Spørsmålet om i hvilken utstrekning staten kan gi tilsagn som binder fremtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet, er vanskelig. Jeg begrenser meg til å si at dette trolig kan stille seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder. Dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder. Dette er ikke ukjent i forvaltningspraksis.” Dommens prejudikatsverdi kan trolig diskuteres, da det her tale om en obiter dictum uttalelse.¹⁰ Den sa likevel noe om hvordan Høyesterett i fremtiden trolig vil se på spørsmålet. Selv om denne dommen synes å være mer åpen for forhåndsbinding av forvaltningens myndighet enn tidligere praksis representerer den nok ikke en helomvending. De uttalte for det første at spørsmålet om adgangen til å gi bindende tilsagn trolig ville ”stille seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder”. Det er trolig fortsatt på spesielle områder forhåndsbinding er aktuelt. Videre er det kun hvor det er ”nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål” det er en adgang til dette. Det innebærer at man ikke kan benytte seg av forhåndsbinding for å fremme andre formål, selv om disse i og for seg har positive virkninger.¹¹

Det synes etter dette som rimelig klart at forvaltningen har en viss adgang til å gi forhåndstilsagn på ulovfestet grunnlag når det gjelder skjønnsutøvelsen. Men det følger trolig en del begrensninger. Jo bredere og uoverskuelig skjønn det er snakk om, jo viktigere myndighetsformen er, jo mindre vederlaget og jo mindre sammenheng det er mellom samfunnshensynene som ofres og fordelene som vinnes ved tilsagnet, desto snevrere er adgangen til å båndlegge. Det er videre trolig mer betenkelig å binde seg til aldri å gripe

¹⁰ Graver(2007) s. 246

¹¹ Boe(2004) s. 517

inn, enn til å gi en tillatelse i nær fremtid. Hvor grundig saksbehandlingen har vært i forkant av tilsagnet vil også være av betydning. Jo grundigere forarbeid, desto større er sjansen for at forvaltningen ved det gitte tilsagn ikke har satt andre viktige hensyn til side. Også den privates behov for forutberegnelighet og innrettelseshensyn vil være av betydning. På livsområder hvor store verdier står på spill vil adgangen til å gi tilsagn derfor antagelig være større.¹²

Tidligere betraktet man det slik at enten hadde forvaltningen bundet seg, og da til å komme til et bestemt resultat, eller så hadde den ikke bundet seg, og da forelå det ingen forpliktelse. Et slikt utgangspunkt er for snevert i dag. Det forutsettes at det også foreligger mellomløsninger. Det er disse mellomløsninger som Boe og jeg kaller forhåndsføringer. Tanken er at forvaltningen kan forplikte seg til noe mindre enn å fatte et vedtak med et bestemt innhold. At forvaltningen kan dette kom blant annet frem i rt. 1990 s. 874, den såkalte "Fusadommen". Spørsmålet var her om kommunens vedtak, som innebar en vesentlig reduksjon av kvinnens rett hjemmehjelp, var ugyldig. Vedtaket ble kjent ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil samt lovstridig innhold. Førstevoterende uttalte på s. 886: "Jeg finner det ikke tvilsomt at klientutvalget pliktet å vurdere A helt nødvendige behov for personlig stell og pleie. Dette skulle etter min mening vært vurdert etter sosialomsorgsloven § 3 nr 1". Høyesterett sier her at forvaltningen også kan ha en plikt til å ta noe i betraktning ved sin vurdering. Den private part får her en tilsvarende rett til at eksempelvis et bestemt hensyn blir tatt med i vurderingen og tillagt vekt. Det følger også av denne dom på s. 889 at selv om en ikke nødvendigvis har krav på et bestemt resultat vil man kunne ha krav på et minimum: "(...) man må forutsette en minstestandard som en kommune, eventuelt flere i samarbeid, ikke kan gå under."

Også i rt. 1981 s. 462 forutsettes det at forvaltningen kan forplikte seg til noe annet enn å fatte vedtak av et bestemt innhold. Her var spørsmålet blant annet om kommunen hadde forpliktet seg til å medvirke til at reguleringsplanen ble vedtatt.

¹² Boe(1993), s. 814-815

I Plan- og bygningsloven av 1985, heretter forkortet pbl., kapittel XI-A er det lovfestet en adgang til å vedta forhåndsføringer for en eventuell senere utbyggingsavtale. Det følger av pbl. § 64 a at: ”Utbyggingsavtaler må ha grunnlag i kommunale vedtak som angir i hvilke tilfeller utbyggingsavtaler er en forutsetning for utbygging, og som synliggjør kommunens forventninger til avtalen”. Det følger av forarbeidene¹³ at formålet med bestemmelsen er å synliggjøre kommunens forutsetninger, og å gi grunneiere/utbyggere og andre mulighet for å ta hensyn til disse på et tidlig stadie i prosjektet. Bestemmelsen legger opp til at kommunen må fatte et vedtak som angir kommunens forutsetninger for å inngå en utbyggingsavtale. Dette er imidlertid ikke et enkeltvedtak etter fvl. § 2 som kan påklages osv. Vedtaket skal gi ”(...)et inntrykk av hvilke elementer kommunen forventer avtalen skal inneholde. Dette kan gjelde utbyggingstakt, boligpolitiske forhold, behov for infrastruktur mv. Vedtaket etter § 64 a skal gi en viss forutberegnelighet på nivået som forventes, men vil ikke være bindende føringer for utbyggingen av et område(...). Det er mao. ikke meningen at § 64 a legger opp til et løfte fra kommunen om at utbygging vil bli tillatt hvis forutsetningene i vedtaket innfris gjennom utbyggingsavtale. Kommunens planmyndighet skal ikke bindes opp gjennom vedtaket. Formålet er at utbygger/grunneier og tredjeparter skal få et forvarsel om kommunens forutsetninger før avtaleforhandlinger og en eventuell planprosess”.¹⁴ Det er heller ikke meningen å fastlegge innholdet av en senere avtale. Kommunen vil ikke være bundet til å fastholde alle forutsetninger som følger av et vedtak etter § 64 a. Vedtaket vil i utgangspunktet heller ikke sette rammene for hvor langt en utbyggingsavtale kan gå. Dette reguleres i pbl. § 64 b, men: ”Det er likevel ikke utenkelig at det kan få konsekvenser hvis det under forhandlinger fremkommer krav eller forutsetninger som går lenger enn det som følger av et vedtak etter § 64 a, selv om disse ligger innenfor rammene av § 64 b”.¹⁵

¹³ Ot.prp.nr.22(2004-2005) s. 63

¹⁴ Ot.prp.nr.22(2004-2005) s. 63-64

¹⁵ Ot.prp.nr.22(2004-2005) s. 64

Binding kan altså forekomme i mer eller mindre grad. Forvaltningen kan binde seg til å fatte vedtak med et bestemt innhold, til å fatte et vedtak som ikke går under et visst minimum, til å tillegge et hensyn stor vekt eller kun til å ta det i betraktning osv.¹⁶

For den videre fremstilling er mitt utgangspunkt som følger: Den tradisjonelle forhåndsbindingen, resultatbindingen, kaller jeg forhåndstilsagn. De mer myke bindingene kaller jeg forhåndsføringer. Felles for begge disse uttalelsene er at de i hvert fall til en viss grad er ment å være bindende. Det er således løfte om at forvaltningen for eksempel vil treffe det bestemte vedtak eller tillegge et bestemt hensyn en bestemt vekt som forplikter forvaltningen til dette senere. Ved å gi et lovlig forhåndstilsagn eller forhåndsføringer har forvaltningen altså bundet sin fremtidige avgjørelsesmyndighet. Det foreligger i realiteten allerede en formell beslutning på dette tidspunkt. For tilsagnstilfellene innebærer dette at forvaltningen ikke kan fravike disse uten at vilkårene for omgjøring er oppfylt. Å benytte uttrykket forhåndsuttalelse på disse disposisjoner kan derfor sies å være misvisende, da forvaltningsorganet i disse tilfeller har gjort noe mer enn kun å uttale seg om hvordan det i fremtiden trolig vil se på spørsmålet, men allerede på tidspunktet for uttalelsen har bundet seg helt eller delvis, og i hvert fall til en viss grad.

Det som i denne avhandlingen skal drøftes er betydningen av de veiledende forhåndsuttalelser. Dette er uttalelser som i hvert fall ikke er tilsiktet å være direkte bindende. Dette er uttalelser som ikke innebærer noen forpliktelse i seg selv. Spørsmålet er hvilken betydning de forventninger forvaltningen gjennom sine uttalelser har bidratt til å skape kan få.

Sondringen mellom bindende utsagn på den ene siden og ikke-bindende på den andre kan være problematisk. Det er trolig heller ikke grunnlag for å oppstille et absolutt skille. Det er nemlig ikke slik at det er et klart skille mellom disse. Særlig problematisk er dette når det gjelder sondringen mellom forhåndsføringer og veiledende forhåndsuttalelser om organets

¹⁶ Boe(1991) s. 344-345

senere skjønnsutøvelse. Høyesterett kommer også ofte til at forvaltningen ikke har bundet seg. Poenget er her å drøfte hvilken betydning forvaltningens uttalelser om en privats konkrete, materielle rettigheter og plikter kan få selv om uttalelsen ikke var ment å være bindende, med det utgangspunkt at de har gitt vedkommende forventninger om at forvaltningen i en senere sak vil komme til et bestemt resultat.

3 FORVALTNINGENS PLIKT TIL Å GI VEILEDENDE FORHÅNDSUTTALELSER

3.1 Innledning

Den overordnede problemstilling er her hvorvidt forvaltningen har en generell plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser.

Det kreves normalt ikke noen særskilt hjemmel for at et forvaltningsorgan kan gi uttalelser. Unntak fra dette kan tenkes begrunnet enten av hensyn til legalitetsprinsippet eller lex superior prinsippet. Legalitetsprinsippet setter skranker hvor uttalelsene innebærer et pålegg eller en byrde for den private. Lex superior prinsippet setter en grense hvor det følger av lovgivning eller regler gitt av overordnet organ at uttalelser av den art det er tale om bare kan gis av et overordnet organ eller etter særskilt prosedyre.¹⁷ Utgangspunktet er imidlertid at forvaltningen kan gi veiledende forhåndsuttalelser.

Jeg vil først drøfte om fvl. § 11 hjemler en materiell veiledningsplikt overhode. Spørsmålet er her om forvaltningen har en plikt til å veilede om innholdet av materielle rettigheter og plikter. Jeg vil deretter drøfte hvor langt denne plikten rekker. Her er spørsmålet om fvl. § 11 kun hjemler en plikt til å gi generell rettsinformasjon, eller om denne også innebærer en plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser, altså mer konkret rettsinformasjon.

3.2 Materiell veiledningsplikt

Problemstillingen er her om fvl. § 11 hjemler en materiell veiledningsplikt.

¹⁷ Frihagen(1991) s. 285-286

Det følger av fvl. § 11(2) bokstav a at forvaltningsorganet skal gi veiledning om ”(...)gjeldende lover og forskrifter og vanlig praksis på vedkommende sakområde(...)”. Dette må i det minste innebære at forvaltningen har en plikt til å gi private generell rettsinformasjon i form av henvisning til aktuelle lover og tilhørende forskrifter samt sentral rettspraksis. Slik informasjon kan trolig gis i form av henvisning til organets nettside, utdeling av orienteringsskriv, osv.

Formålet med bestemmelsen tilsier også en plikt til å gi generell rettsinformasjon. Det følger av fvl. § 11(1) andre pkt. at: ”Formålet med veiledningen skal være å gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte”. Det må sies å være en absolutt forutsetning for å kunne ivareta sine interesser i en sak at man kjenner til de bestemmelser som regulerer tilfelle. Samtidig kan det for en privat være vanskelig å orientere seg i lovverket. Forskrifter og praksis kan heller ikke sies å være lett tilgjengelig for folk flest, verken i seg selv eller å orientere seg i. Dette tilsier at forvaltningen har en plikt til å gi slik informasjon hvor private etterspør det.

Også § 11(2) bokstav b andre punktum sier noe om materiell veiledning. Det følger av denne at: ”Om mulig bør forvaltningsorganet også peke på omstendigheter som i det konkrete tilfelle særlig kan få betydning for resultatet.” Forvaltningen bør etter denne opplyse om de viktigste argumentene både for og i mot det resultatet søkeren ønsker, slik at det er mulig for vedkommende å legge opp saken på best mulig måte. Men det pålegges nok ikke her en plikt til å gi slik veiledning, jfr. formuleringen ”om mulig bør”.¹⁸

En viss materiell veiledningsplikt må etter dette sies å følge av den alminnelige veiledningsplikt etter forvaltningsloven.

¹⁸ Woxholth(2006) s. 212-213

En slik plikt har forvaltningen både i forhold til parter i en pågående sak, jfr. andre ledd, andre pkt., samt til enhver person som ”(...)spør om sine rettigheter og plikter i et konkret forhold som har aktuell interesse for ham”, jfr. tredje ledd.

3.3 Plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser

Problemstillingen er her om forvaltningen har en generell plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser. Jeg finner det også her naturlig å ta utgangspunkt i fvl. § 11. Spørsmålet er her om den materielle veiledningsplikten etter fvl. § 11 også innebærer en plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser, altså en plikt til å gå inn på selve tolknings-, subsumsjons- og/eller skjønnsutøvelsesspørsmålet. Dette kan tenkes hjemlet i fvl. § 11(2) bokstav a.

Fvl. § 11(2) bokstav a hjemler som nevnt ovenfor en plikt til å gi veiledning om lover, forskrifter og vanlig praksis på området. Dette innebærer i det minste en plikt til å gi generell rettsinformasjon, se 3.2. Spørsmålet er om den hjemler noe mer; en plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser.

Jeg nevnte innledningsvis at forvaltningen hadde adgang til å gi veiledende forhåndsuttalelser. At forvaltningen som utgangspunkt står fritt til å gi veiledende forhåndsuttalelser innebærer imidlertid ikke at forvaltningen har en plikt til dette. Bestemmelsens ordlyd gir her liten veiledning.

Som nevnt i 2.2 er det gitt nærmere bestemmelser om veiledningsplikten i forskrift til forvaltningsloven. Denne sier imidlertid lite om den materielle veiledningsplikt. I § 5 følger det at dersom det er praktisk mulig bør søknadsskjemaer og lignende også gi veiledning om regler som gjelder på vedkommende område. Men dette er bare en presisering av plikten til å gi generell rettsinformasjon.

Av bestemmelsens formål følger det som nevnt at: ”Formålet med veiledningen skal være å gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte.” Dette kunne kanskje tolkes dit hen at hvor partens eller andre interessertes behov

tilsa det har forvaltningen en plikt til å uttale seg om eksempelvis subsumsjonen. Jeg tenker her særlig på de tilfeller hvor vedkommendes disposisjoner kan tenkes å få negative konsekvenser. Det er trolig dette som har medført at man innen skatte- og avgiftsretten har innført ordningen med bindende forhåndsuttalelser. Behovet for forutberegnelighet vil stort sett være større her enn hvor det er spørsmål om man kan ha rett på noe. I noen tilfeller kan en privat imidlertid ha behov for klargjøring på et tidligere stadium hvor det er spørsmål om han eller hun har rett på noe. For eksempel hvor det er tale om en søknadsprosess som er tidkrevende og kostbar, som ofte er tilfelle i byggesaker.

Av fvl. § 11(1) 3 pkt følger en modifikasjon. Omfanget av veiledningen må tilpasses ”det enkelte forvaltningsorgans situasjon og kapasitet til å påta seg slik virksomhet”. Denne innebærer ikke at forvaltningsorganet generelt kan avstå fra å gi veiledning. Det følger av Ot. prp. nr. 75(1993-1994) s. 60 at: ”Bestemmelsen har bare betydning for omfanget av den veiledningen forvaltningsorganet plikter å yte i det enkelte tilfellet”. Men skal forvaltningen gi veiledende forhåndsuttalelser på et forsvarlig grunnlag vil dette ofte påføre forvaltningen en del merarbeid. Utgangspunktet er også at subsumsjonen og skjønnsutøvelsen skal foretas når vedtak skal fattes. Det er først da man kan ha full oversikt over situasjonen. Det kan således vanskelig slutes fra bestemmelsens formål at det foreligger en plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser.

I sivilombudsmannens årsmelding av 1983 s. 118 ga miljødepartementet en uttalelse om adgangen til å gi veiledende forhåndsuttalelser, etter forespørsel fra sivilombudsmannen. Departementet uttalte følgende: ”Etter departementets oppfatning bør det tilstrebes en klar grense mellom uforpliktende informasjon og bindende vedtak. Prinsippgodkjennelser fra de organer som senere skal treffe vedtak bør bare unntaksvis gis, og da slik at søkeren gjøres klart kjent med de begrensninger en slik uttalelse har. Det må ikke være tvil om at uttalelsen ikke er bindende og at de alminnelige krav til saksbehandling ikke er fulgt”, jfr. s. 121. Denne uttalelsen er gitt med utgangspunkt i byggesaker, men de hensyn som ligger til grunn for denne uttalelse, særlig hensynet til forsvarlig saksbehandling, kan trolig anføres generelt.

I juridisk teori er det heller ikke antatt å ligge en plikt til å gi forhåndsuttalelser i den alminnelige veiledningsplikt.¹⁹ Det er her antatt at det er opp til forvaltningen selv å vurdere om slike uttalelser skal gis.²⁰

Det antas etter dette at forvaltningen ikke har noen generell plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser. Utgangspunktet er tvert imot at forvaltningen bør være tilbakeholdende med å gi slike uttalelser, jfr. miljødepartementets uttalelse.

En plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser foreligger trolig kun hvor særlige holdepunkter i en lovbestemmelse eller praksis tilsier dette. Jeg kjenner ikke til at det foreligger noen slik lovbestemmelse per i dag.

Før ordningen med bindende forhåndsuttalelser ble hjemlet i lignl. kapittel 3A var det gjennom administrativ praksis utviklet en ordning hvor skattemyndighetene ga ikke-bindende forhåndsuttalelser. Skattemyndighetene sto imidlertid i stor grad fritt til å avgjøre hvilke spørsmål som skulle behandles. En plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser kan derfor ikke sies å foreligge på skatterettens område.²¹ Jeg kjenner ikke til at det foreligger noen slik praksis på andre rettsområder.

¹⁹ Graver(2007) s. 389

²⁰ Graver(2004), s. 204

²¹ Ot.prp.nr.1(2000-2001), s. 82

4 SAKSBEHANDLINGSREGLER VED AVGIVELSE AV VEILEDENE FORHÅNDSUTTALELSER

Når forvaltningen gir veiledende forhåndsuttalelser gjør den dette som en del av sin offentlige virksomhet. Forvaltningslovens regler gjelder derfor langt på vei også her, jfr. fvl. § 1. Reglene i kapittel II og III om inhabilitet, veiledningsplikt, saksbehandlingstid og taushetsplikt gjelder generelt. Bestemmelsene i kapittel IV til VI får derimot kun anvendelse for saker om enkeltvedtak, kapittel VII kun for saker som gjelder forskrifter, jfr. fvl. § 3.

Selv om reglene om enkeltvedtak ikke gjelder for slike uttalelser, må saksbehandlingen være forsvarlig.²² Dette er et prinsipp som er utviklet gjennom rettspraksis, og antas å gjelde også utenfor de tilfeller hvor forvaltningen treffer enkeltvedtak og gir forskrifter. Når forvaltningen gir veiledende forhåndsuttalelser stilles det trolig krav om at dette må skje på et forsvarlig grunnlag. Hensynet til kontradiksjon kan her tilsi at en annen enn spørderen, som ved en eventuell senere sak også vil ha status som part, bør varsles og gis anledning til å uttale seg før forvaltningen uttaler seg. Dette selv om fvl. § 16 ikke gjelder hvor forvaltningen kun uttaler seg. Hensynet til en forsvarlig saksbehandling kan også tilsi at forvaltningen foretar nærmere undersøkelser før den uttaler seg, selv om fvl. § 17 heller ikke gjelder.

Når forvaltningen først har uttalt seg kan dette som nevnt tidligere være egnet til å gi den private forventninger. I den utstrekning en parts forventninger kan få betydning ved vurderingen i en senere sak tilsier hensynet til forsvarlig saksbehandling at slike uttalelser

²² Se Frihagen(1991), s. 290

blir gitt på forsvarlig grunnlag. Jeg vil si mer om betydningen av en parts forventninger i kapittel 5.

God forvaltningsskikk tilsier at forvaltningen opptrer hensynsfullt og ordentlig overfor folk. Å komme med uttalelser, som igjen er egnet til å gi private forventninger, bør derfor kun skje hvor dette kan skje på forsvarlig grunnlag. Disse normene er ikke bindende, de er kun skikk og bruk regler²³. Forvaltningen bør likevel strebe og etterleve disse i sin virksomhet.

²³ Boe(1993) s. 732

5 BETYDNINGEN AV AT FORVALTNINGEN HAR UTTALT SEG FOR SENERE MYNDIGHETSUTØVELSE

5.1 Innledning

Selv om forvaltningen ikke har noen plikt til å komme med veiledende forhåndsuttalelser, jfr. 3.3, gjør den ofte det. Det jeg her skal drøfte er hvilken betydning de veiledende forhåndsuttalelser får for forvaltningens senere behandling av en sak. Det er en forutsetning her at spørrreren og den senere part er det samme rettssubjektet, og at den veiledende forhåndsuttalelsen angår de spørsmål som senere tas opp til ordinær behandling. Utenfor denne problemstilling faller spørsmålet om hvilken betydning de veiledende forhåndsuttalelser kan få for andre enn spørrreren. Jeg vil illustrere denne problemstilling med et eksempel. En privat vurderer å søke om tillatelse til å starte en type virksomhet som krever tillatelse. Før vedkommende sender inn søknad henvender han eller hun seg til det organ som behandler disse søknadene, og forhører seg om utsiktene for å få en slik tillatelse. Forvaltningen uttaler her at den vil innvilge en slik søknad. Spørsmålet er hvilken betydning det får for forvaltningens senere behandling av denne søknaden, at den i forkant har gitt en slik uttalelse. Det er her en forutsetning at denne uttalelsen ikke innbar et bindende løfte.

De rettsvirkninger en veiledende forhåndsuttalelse eventuelt får beror på hvilken betydning de forventninger forvaltningen har bidratt til å skape kan få, og ikke på at forvaltningen på et tidligere tidspunkt har bundet seg. Det er et poeng her at det forvaltningen eventuelt har forpliktet seg til er å ta i betraktning de forventninger de har bidratt til å skape, og ikke til å følge de uttalelser de har kommet med. Hvor forvaltningen har forpliktet seg til å opptre i samsvar med de uttalelser den har gitt har den enten gitt et forhåndstilsagn eller lagt forhåndsføringer.

Forvaltningen kan ha bidratt til å gi private forventninger på mange måter. Den private forventninger kan skyldes forvaltningsorganets uttalelser, aktive adferd eller passivitet. Forventningene kan også skyldes organets tidligere praksis. Problemstillingen er her hvilken betydning en private forventninger som følge av forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser kan få når forvaltningen senere skal fatte vedtak. Det avgjørende er trolig ikke hvilket grunnlag forventningen har, men at den er berettiget. Forventningens grunnlag kan derimot tenkes å få betydning for hvorvidt denne anses berettiget. I det følgende vil jeg langt på vei behandle betydningen av forventninger generelt.

Mitt utgangspunkt er altså at skal en parts forventninger få betydning for forvaltningens senere myndighetsutøvelse, må de være berettigede. Jeg vil derfor først si noe om begrepet "berettigede forventninger i 5.2, før jeg i 5.3 drøfter hvilke virkninger berettigede forventninger kan få for den senere myndighetsutøvelse.

Med veiledende forhåndsuttalelser siktes det til uttalelser som er gitt i forkant av en formell beslutning om rettsanvendelsen og/eller skjønnsutøvelsen. Ofte vil det være uklart om det er rettsanvendelsen eller skjønnsutøvelsen tjenestemannen har uttalt seg om, den har eksempelvis kun angitt et bestemt resultat. Det er imidlertid ikke nødvendig å identifisere hva forvaltningen har uttalt seg om, altså om rettsanvendelsen eller skjønnsutøvelsen når det gjelder spørsmålet om hvorvidt parten har en berettiget forventning. Ved den senere vurdering av hvilken betydning uttalelsen skal få vil sontringen derimot være av betydning.

Som jeg kom til i 2.3 kan ikke forvaltningen binde sin fremtidige myndighetsutøvelse hva angår rettsanvendelsen. Dette ville innebære at forvaltningen ved sine uttalelser kunne overstyre Stortingets beslutninger, og slik myndighet har som nevnt forvaltningen ikke. Det samme må gjelde hvor en tjenestemann har gitt misvisende uttalelser og parten har innrettet seg i tillit til dette. På lik linje med at forvaltningen ikke gjennom tilsagn eller forhåndsføringer kan binde sin senere rettsanvendelse, kan den heller ikke legge vekt på forventninger ved sin senere rettsanvendelse. Det er rettsregelen selv som bestemmer

dennes rekkevidden og hensynet til en parts forventninger kan ikke røkke ved dette. Parten bør her eventuelt søkes kompensert på annen måte.

Ved utøvelse av skjønnsmyndighet vil spørsmålet om forventningers betydning trolig stille seg annerledes. I 5.3 vil jeg derfor kun drøfte berettigede forventningers betydning for skjønnsutøvelsen.

5.2 Begrepet "berettigede forventninger"

Begrepet "berettigede forventninger" er ikke et entydig, endelig definert begrep. Det anvendes videre både innen kontraktsretten, og innen forvaltningsretten. Innholdet av begrepet må trolig fastlegges noe ulikt avhengig av om det brukes innen henholdsvis kontraktsretten eller forvaltningsretten. Felles for bruken av begrepet innen begge rettsområder er at de med begrepet søker å argumentere for at visse forventninger bør beskyttes med den begrunnelse at de er berettigede. Det er trolig hva som gjør en forventning berettiget som vil stille seg forskjellig innen de to rettsområder. Det er her innholdet av begrepet innen forvaltningsretten jeg skal forsøke å fastlegge.

Søren H. Mørup har i sin doktoravhandling "Berettigede forventninger i forvaltningsretten" forsøkt å presisere hva som ligger i begrepet "berettigede forventninger".²⁴ Det er for meg noe uklart om Mørup her argumenterer de lege late eller de lege ferenda. Han gir imidlertid uttrykk for at innholdet av begrepet før hans avhandling ikke har hatt noe bestemt innhold, men at han vil forsøke å presisere dette begrepet.²⁵ Det virker således til at han argumenterer for hvilket innhold begrepet har, og ikke hvilket det bør ha. Jeg mener hans redegjørelse for begrepet har gode grunner for seg. Mørup tar utgangspunkt i dansk forvaltningsrett. Jeg mener de samme synspunkter kan anføres et stykke på vei også for norsk forvaltningsrett. Jeg vil derfor i det følgende ta utgangspunkt i hans fremstilling.

²⁴ Mørup(2005) s. 135-162

²⁵ Mørup(2005) s. 135

Mørup oppstiller følgende betingelser for at en forventning bør tillegges vekt ved en senere myndighetsavgjørelse: ”Det skal foreligge en forventning foranlediget af en forvaltningsmyndighed, og det skal være berettiget at borgeren har fået den pågældende forventning”.

Dette kan formuleres som tre vilkår. For det første må det foreligge en reel forventning. For det andre må denne forventningen være foranlediget av en forvaltningsmyndighet. For det tredje må det være berettiget at borgeren har fått den aktuelle forventningen.

Det må altså først og fremst foreligge en forventning. Dette er et subjektivt krav, og innebærer at borgeren rent faktisk må ha en forventning om at forvaltningen vil benytte sin myndighet på en bestemt måte. At dette også må gjelde etter norsk rett trenger ingen nærmere begrunnelse. Hvor parten rent faktisk ikke har noen forventning er det heller ingen forventning å beskytte.

En forventning er imidlertid ikke observerbar. Dette innebærer at man ved en vurdering av om det foreligger en forventning må basere seg på mer objektive kriterier; erfaringsgrunnsetninger om hvilke forventninger bestemte handlinger, unnlatelser eller utsagn typisk vil medføre. Man kan for eksempel ikke ha noen forventning om noe man ikke kjenner til. At en beslutning er tatt internt uten at borgeren er gitt beskjed er således ikke egnet til å gi borgeren en forventning. Spørsmålet blir således om det er mest sannsynlig at vedkommende på bakgrunn av forvaltningens veiledende uttalelse har fått en forventning om at forvaltningsorganet ved en senere behandling av saken eksempelvis vil komme til et bestemt resultat.

Mørup oppstiller herunder et krav om at borgeren må tro at uttalelsen er forpliktende for forvaltningsorganet. Vedkommende må altså ikke kjenne til at utsagnet ikke er bindende. Det er noe uklart hva Mørup mener med ”bindende” og ”uforpliktende”. Å si at det stilles et krav om at borgerne må være i den tro at det er blitt tatt en formell beslutning synes her strengt. Etter min mening burde det være tilstrekkelig at forvaltningen gir forholdsvis klart

uttrykk for at de vil se slik på spørsmålet i en eventuell senere sak, slik at det kun er hvor forvaltningen har tatt forbehold eller gitt uttrykk for at svaret de gir er usikkert at man kan si at det ikke er forvaltningen som har foranlediget forventningen. Også uttalelser som den private forstår at ikke på uttalelsestidspunktet har stiftet noen rett for vedkommende er egnet til å gi forventninger. En uttalelse fra et forvaltningsorgan vil ofte fremtre som et offisielt standpunkt med særlig tyngde og autoritet. En må regne med at folk vil ha grunn til å regne med at det som opplyses er riktig, og at forvaltningen vil stå ved det den har uttalt.²⁶

Forventningen må videre være foranlediget av forvaltningen. Også Høyesterett synes å forutsette dette, jfr. rt. 1990 s. 1235. Et rederi hadde her inngått en kontrakt med et norsk verksted om ombygging av et fartøy til nedfrysningsskip. I den forbindelse søkte rederiet om rentesubsidier under daværende subsidieordning for leveranser og ombygging av skip ved norske verksteder, men fikk avslag. Rederiet hevdet at avslaget var uberettiget og krevde erstatning. Grunnlaget for denne påstand var at det hadde vært en viss praksis for å innvilge søknader i lignende tilfeller. Denne praksis var imidlertid i strid med bestemmelsen av var derfor stanset av departementet så snart den ble klar over den. Rederiets krav førte ikke frem. Det ble uttalt følgende på s. 1242-1243: "Når det gjelder forventningens styrke, må jeg medgi at rederiet hadde god grunn til å tro at søknaden var kurant, men rederiets forventning bygget ikke på at de i forbindelse med søknaden hadde tatt kontakt med de organer som administrerte subsidieordningen." De forventninger som rederiet her hadde om å motta rentesubsidier var basert på forvaltningsorganets tidligere praksis. Et forvaltningsorgans praksis må i utgangspunktet sies å være egnet til å gi borgerne forventninger forutsatt at de er kjent. Et slikt generelt grunnlag for forventninger virker det imidlertid ikke til at Høyesterett mener er tilstrekkelig til å begrunne at en forventning er foranlediget av forvaltningsorganet. Dette selv om det er tale om dette organs praksis. Det må trolig noe mer konkret til, som at vedkommende har vært i direkte

²⁶ Frihagen(1991) s. 284

kontakt med forvaltningsorganet i anledning saken og at det i den forbindelse har uttalt eller foretatt seg noe som ga borgeren en forventning.

Det kan spørres om det kun er de forvaltningsorgan som forvalter det regelverk det spørres om som kan sies å gi berettigede forventninger ved sine uttalelser. Dette beror trolig på hvor nært knyttet forvaltningsorganet er det rettsområde det spørres om. Det er nok ganske klart at hvor en borger spør en i biltilsynet om rettigheter eller plikter etter folketrygdeloven kan ikke denne påberope seg deres uttalelser i en senere sak om rettigheter og plikter etter denne loven. Annerledes kan det tenkes å stille seg hvor et forvaltningsorgans område har en nær tilknytning til et annet. Rett på overgangsstønad etter folketrygdeloven, heretter forkortet ftrl., kapittel 15 beror blant annet på vedkommendes inntekt. Denne skal reduseres dersom stønadmottakers arbeidsinntekt er på over en halv ganger grunnbeløpet, jfr. § 15-9(2). Som arbeidsinntekt regnes også attføringspenger etter ftrl. kapittel 11. Før opprettelsen av NAV ble stønad etter ftrl. kapittel 15 behandlet av trygdekontorene, mens stønad etter kapittel 11 ble behandlet av Aetat. Dersom en stønadmottaker i anledning en sak om attføring hadde spurt en saksbehandler hos Aetat hvilken betydning det vil få for overgangsstønaden at vedkommende får innvilget attføring, kan det tenkes at dersom saksbehandleren først valgte å uttale seg om dette burde stønadmottaker ha grunn til å stole på det som ble sagt, så lenge vedkommende ikke tok forbehold.

Hvis borgeren har fremkalt en uttalelse ved å gi feilaktig eller mangelfull informasjon som uttalelsen bygger på kan vedkommende ikke sies å ha en berettiget forventning. Jeg mener dette må begrunnes i at det her ikke er forvaltningen som har foranlediget forventningen, men den feilaktige eller mangelfulle informasjon som stammer fra borgeren selv. Mørups begrunnelse for at forventningen her ikke er berettiget er at borgeren her ikke har en forventning. Dette må ses i sammenheng med at han også stiller som krav at borgeren ikke forsto eller burde forstått at informasjonen var feilaktig eller mangelfull.²⁷ Jeg mener at

²⁷ Mørup(2005) s. 141

man her kan legge til grunn at det er borgen selv og ikke forvaltningen som har foranlediget forventningen, selv om vedkommende ikke var klar over at de opplysninger vedkommende ga var feil. En bør selv bære ansvaret for de opplysninger man gir.

Ikke en hvilken som helst forventning bør nyte rettsbeskyttelse. Beskyttelse av en parts forventninger innebærer jo en forskjellsbehandling i forhold til de av borgerne som ikke hadde forventninger. En forventning som skal nyte rettsbeskyttelse må derfor i det minste være berettiget. Dette er et objektivt krav.

For at en forventning skal være berettiget må den først og fremst være foranlediget av en uttalelse som forvaltningen har kommet med, dette var jeg inne på ovenfor. Ellers må vurderingen bero på en fortolkning av uttalelsens innhold, i hvilken form og i hvilken sammenheng den er gitt. Tanken er trolig den at selv om en privat har en forventning og denne skyldes noe forvaltningen har foretatt seg, må det ikke foreligge andre omstendigheter som tilsier at forventningen likevel ikke var berettiget. Den private kan for eksempel tenkes å ha så god kjennskap til et rettsområde at den burde forstått at de uttalelser forvaltningen komme med ikke kunne være riktige eller var usikre.

I rt. 1981 s. 462 var det spørsmål om kommunen var erstatningsansvarlig for utgifter som et boligbyggelag hadde pådratt seg i tillitt til at kommunen ville medvirke til å få gjennomført en reguleringsplan. Boligbyggerlaget(dettes konkursbo) begrunnet dette i at kommunen ved sin positive holdning hadde bidratt til å gi dem en forventning om at kommunen ville medvirke til å få reguleringsplanen gjennomført. Flertallet uttalte på s. 469-470: ”(...)de forventninger en privat utbygger har fått etter kontakt med kommunen, men uten noen vanlig saksbehandling, vil bygge på et usikkert grunnlag og at det vil knytte seg betydelig økonomisk risiko til prosjektet om det ikke ved avtale sørges for en risikodeling(...)”. Selv om forvaltningen ikke utelukket at det kunne tenkes at en forventning skapt av kommunen i disse typer saker kunne nyte beskyttelse måtte det i den foreliggende sak tillegges avgjørende vekt at ”(...)UEH hadde erfaring som utbygger og kunne vurdere risikofaktorene. Dette ble tydeligvis ikke gjort”.

5.3 Berettigede forventningers betydning ved forvaltningens skjønnsutøvelse

5.3.1 Innledning

Spørsmålet her er hvilken betydning en veiledende forhåndsuttalelse kan få for forvaltningens skjønnsutøvelse, når den senere skal behandle saken. Tanken er at en veiledende forhåndsuttalelse kan tenkes å få betydning for forvaltningens senere myndighetsutøvelse i den utstrekning den har gitt borgeren berettigede forventninger. Problemstillingen i 5.3.3 er om en parts berettigede forventninger er relevant og kan tillegges vekt ved forvaltningens skjønnsvurdering. I 5.3.4 vil jeg drøfte hvorvidt forvaltningen også har en plikt til å ta en parts berettigede forventninger i betraktning. Først vil jeg imidlertid si noe om sontringen uttalelser om resultatet og uttalelser skjønnsutøvelsen i 5.3.2.

5.3.2 Uttalelser om resultatet og uttalelser om den senere skjønnsutøvelse

Før jeg går inn på drøftelsen av berettigede forventningers relevans og vekt vil jeg si noe om forskjellen mellom de uttalelser forvaltningen gir som angir et bestemt resultat og de uttalelser som kun går på hvordan de i fremtiden vil benytte sin skjønnsmyndighet.

Som jeg var inne på i 2.3 skal det mye til for at forvaltningen har gitt et forhåndstilsagn, altså bundet seg til et bestemt resultat. Dette innebærer at det vil forekomme en del tilfeller hvor et forvaltningsorgan har kommet med uttalelser om hvordan de senere vil se på saken uten at de her har forpliktet seg. De har her altså kun kommet med en veiledende forhåndsuttalelse. Spørsmålet om hvilken betydning berettigede forventninger kan få ved forvaltningens skjønnsutøvelse er derfor ganske praktisk for disse tilfellene.

Annerledes stiller dette seg trolig hvor det er spørsmål om hvilken betydning berettigede forventninger kan få for den senere skjønnsutøvelse, når uttalelsene kun dreier seg om hvordan forvaltningen i fremtiden vil anvende sin skjønnsmyndighet. Jeg presiserer igjen at

det er en forskjell mellom det å ha plikt til å handle i samsvar med de uttalelser man har gitt, og en plikt til å legge vekt på de forventninger man ved sine uttalelser har skapt. Det er ikke like betenkelig at forvaltningen forplikter seg til å ta eksempelvis et hensyn i betraktning ved sin skjønnsutøvelse, som det er at forvaltningen binder hele sin avgjørelsmyndighet. Jeg antar derfor at domstolene ofte vil komme til at der hvor en parts forventning om at forvaltningen vil ta et hensyn eller forhold i betraktning er berettiget, vil forvaltningen også ha forpliktet seg til dette, altså gitt en forhåndsføring. Det vil således trolig ikke være det samme rom for en vurdering av hvilken relevans eller vekt en parts berettigede forventninger skal ha hvor det kun er tale om forventninger til selve skjønnsutøvelsen. Jo mykere binding det er spørsmål om forvaltningen har forpliktet seg til, desto større grunn er det til å anta at den vil bli godtatt. Spørsmålet om berettigede forventningers relevans og vekt som følge av den gitte uttalelse er da ikke lenger aktuell.

Noen ganger vil det nok være slik at selv om forvaltningen kun har uttalt seg om en eller flere sider av saken vil man etter forholdende si at denne må likestilles med en uttalelse om resultatet fordi det forvaltningen uttalte seg om var særlig avgjørende for parten og/eller øvrige sider av saken langt på vei var avklart. Det kan altså tenkes at en uttalelse om kun en side av saken kan være egnet til å gi en part berettigede forventninger om at forvaltningsorganet vil fatte et vedtak med et bestemt resultat.

I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i veiledende forhåndsuttalelser som har gitt en berettiget forventning om et bestemt resultat.

5.3.3 Forvaltningens adgang til å ta berettigede forventningers i betraktning ved skjønnsutøvelsen

Jeg skal her drøfte hvorvidt forvaltningen har adgang til å ta hensyn til de forventninger de ved sine veiledende uttalelser har bidratt til å skape ved sin skjønnsutøvelse. Spørsmålet er her om en parts berettigede forventninger er relevante og således kan tillegges vekt.

Med forvaltningens skjønnsutøvelse mener jeg forvaltningens såkalte frie skjønn. Det siktes til den kompetanse et forvaltningsorgan har til selv å vurdere om vedtakskompetansen skal nyttes hvor vilkårene for å gjøre dette ellers er oppfylt. Betegnelsen det ”frie” skjønn kan gi inntrykk av at forvaltningen her står helt fritt, det er imidlertid ikke tilfelle. Forvaltningens skjønnsutøvelse må være forsvarlig. Dette innebærer for det første at det ikke er alle argumenter som er relevante ved forvaltningens skjønnsvurdering. For det andre at det er begrenset hvor stor vekt forvaltningen kan tillegge et argument selv om argumentet i og for seg er relevant.

Det kan vanskelig argumenteres imot at forvaltningen bør ha en adgang til å legge vekt på de forventninger de selv har bidratt til å skape, ved sin i utgangspunktet frie skjønnsutøvelse, så lenge disse fremtrer som rimelige og velbegrunnede.²⁸ Terskelen for å anse for eksempel et hensyn for relevant er trolig ikke høy. Et mer interessant spørsmål er hvor mye vekt et hensyn kan tillegges, her hensynet til en parts berettigede forventninger.

Det klart at det må være grenser for hvor stor vekt det er forsvarlig å legge på en parts forventning selv om denne må sies å være berettiget. Hensynet til en parts forventninger er ikke det eneste relevante hensyn ved et forvaltningsorgans skjønnsutøvelse. Hvor stor vekt forvaltningen kan legge på en privat parts berettigede forventninger vil trolig bero på hvilke andre hensyn som gjør seg gjeldende og hvor sterkt disse står i den konkrete sak. Situasjonen er her ikke så ulik den vi står ovenfor når det er spørsmål om adgangen til å omgjøre et formelt vedtak til ugunst for en part. En del av de hensyn som der gjør seg gjeldende kan også anføres hvor spørsmålet er hvilken vekt berettigede forventninger kan tillegges. Jeg benytter således denne regelen som et utgangspunkt for den videre fremstilling. Jeg bemerker at jeg her ikke søker å argumentere for at den ulovfestede omgjøringsregel også gjelder hvor forvaltningen har gitt veiledende forhåndsuttalelser. Jeg benytter denne kun som en inspirasjon.

²⁸ Bernt(1981) s. 99

Den ulovfestede omgjøringsregel er en sedvaneregel, basert på rettspraksis, forvaltningspraksis og alminnelige rettsoppfatninger. Det er en regel som gir forvaltningen kompetanse til å omgjøre sine vedtak til skade for den som vedtaket retter seg mot eller direkte gjelder. Adgangen til å omgjøre etter denne beror på en interesseavveining hvor hensynene for omgjøring må veie vesentlig tyngre enn hensynet til status quo.²⁹ Spørsmålet må således avgjøres konkret i det enkelte tilfelle. Visse holdepunkter har vi imidlertid.

Utgangspunktet er at det ikke kan gripes inn i berettigede forventninger. Dette gjelder imidlertid ikke fullt ut. Vi ser dette blant annet i lovgivers adgang til å gripe inn i generell lovgivning. På samme måte må forvaltningen også kunne gripe inn i individuelle rettsposisjoner så lenge de offentlige hensyn er tungtveiende nok.³⁰

Jeg bemerker at spørsmålet her er hvor stor vekt forvaltningen kan legge på de berettigede forventninger de selv har bidratt til å skape ved sine veiledende forhåndsuttalelser. Det er her ikke tale om endring av et formelt vedtak. Generelt må det kunne sies at den berettigede forventning som en part har som følge av at det foreligger en formell beslutning må nyte sterkere beskyttelse, og trolig en del sterkere beskyttelse, enn den berettigede forventning som følger av en veiledende forhåndsuttalelse. Man kan si at en forventning som er foranlediget av et formelt vedtak er mer berettiget enn en forventning som er foranlediget av en uttalelse som "bare" er veiledende. Hvor parten trodde, og var berettiget til å tro, at forvaltningsorganet på uttalestidspunktet ga et forhåndstilsagn, altså at vedkommende allerede på uttalestidspunktet oppnådde en rettsposisjon, er forskjellen imidlertid kanskje ikke så stor. Ved omgjøring av et enkeltvedtak er det også tale om å gjøre inngrep i en borgers etablerte rettsposisjon. En allerede etablert rettsposisjon bør nyte sterkere beskyttelse enn en forventning, selv om denne er berettiget. Man kan kanskje si at jo mer berettiget en parts forventningen om et bestemt resultat er, desto strengere krav til de hensyn som taler for et vedtak som ikke er i samsvar med det parten ble forespeilet. Det er dette utgangspunkt som begrunner at en del av de momenter som følger av de ulovfestede

²⁹ Graver(2007) s. 553

³⁰ Graver(2007) s. 554

omgjøringsregler også kan være av interesse ved vurderingen av hvor mye vekt forvaltningen kan tillegge en parts berettigede forventninger som følge av forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser.

Vekten av hensynet til berettigede forventninger må avveies mot andre hensyn og interesser som gjør seg gjeldende i den aktuelle sak. Særlig viktig er det at de interesser hjemmelsloven er satt til å ivareta blir tillagt tilstrekkelig vekt.³¹

Det følger blant annet av forurensningsloven § 11 at forurensningsmyndighetene ”kan” gi tillatelse til virksomhet som medfører forurensning, jfr. første ledd første punktum. Det er klart at det forvaltningsorgan som er satt til å forvalte dette regelverket her må ta miljøhensyn i betraktning ved vurderingen av om denne kompetanse skal nyttes eller ikke. Her følger dette også av bestemmelsen selv; ved forurensningsmyndighetenes vurdering av om tillatelse skal gis: ”(...)skal det legges vekt på de forurensningsmessige ulemper ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre”, jfr. § 11 siste ledd. Men det er klart at slike hensyn måtte tillegges vekt, og trolig betydelig vekt ved forurensningsmyndighetenes avgjørelse, også hvor dette ikke fulgte uttrykkelig av loven. Det er jo nettopp disse interesser loven er satt til å beskytte. Samtidig innebærer adgangen til å gi tillatelser, som lovgiver har overlatt til forvaltningen, at også andre hensyn kan tillegges vekt og i visse tilfeller også avgjørende vekt.

Hensynet til berettigede forventninger kan trolig tillegges mindre vekt hvor det offentliges styringsbehov er stort. Dette er særlig aktuelt innen miljøretten og hvor menneskers liv, helse eller sikkerhet står på spill³². Ofte bør nok parten her eventuelt søkes kompensert på annen måte.

Også tredjemanns interesser kan tilsi at forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser ikke kan tillegges for stor vekt. Det kan tenkes at på det tidspunkt hvor forvaltningsorganet kom

³¹ Bernt(1981) s. 99-100

³² Graver(2007) s. 554

med uttalelsen var ikke tredjemann trukket inn i saken. Å legge avgjørende vekt på veiledende forhåndsuttalelser som er avgitt før tredjemann er blitt hørt vil undergrave det grunnleggende krav til kontradiktorisk saksbehandling. Dette tilsier at partens forventning bør tillegges mindre vekt hvor tredjemannsinteresser kommer inn i bildet.³³

I hvor stor grad parten har innrettet seg vil også være av betydning, så lenge man legger til grunn at denne innrettelsen var berettiget. Det er flere måter å innrette seg på. Innrettelsen kan bestå i at man har foretatt økonomiske disposisjoner. Man har for eksempel foretatt en del investeringer i den tro at man er blitt gitt en tillatelse til å drive en bestemt virksomhet. Innrettelse kan også skje gjennom faktiske handlinger, man har for eksempel avslått en skoleplass fordi man trodde man var tildelt en annen. Innrettelse har også en mental side.³⁴ Man har innstilt seg på at man har fått en skoleplass, en tillatelse osv. Det er nok kun i de tilfeller hvor en part berettiget har trodd at det er gitt et forhåndstilsagn at dennes innrettelse bør tillegges vekt. Videre vil forvaltningen trolig kunne tillegge berettigede forventninger mer vekt hvor parten har innrettet seg mer enn kun mentalt. Hvor parten for eksempel har foretatt investeringer i tillit til forvaltningens uttalelser om innvilgelse av en tillatelse, vil dette ofte innebære et tap for parten dersom vedkommende får avslag. Dette kan tilsi at partens berettigede forventninger her kan tillegges større vekt.

Det er antagelig også av betydning om det vedtak det er spørsmål om å fatte gjelder et enkelttilfelle eller om det gjelder over lengre tid. Å tillate noe ved en enkelt anledning selv om det innebærer ulemper for eksempelvis miljøet, vil ofte være mindre betenkelig enn å gi en generell tillatelse som gjelder over et lengre tidsrom. Partens berettigede forventninger kan her tenkes å kunne tillegges mer vekt hvor det er tale om et enkelttilfelle.³⁵

Et særlig spørsmål er om forvaltningens adgang til å legge vekt på en parts berettigede forventninger er større hvor de hensyn som taler mot et vedtak i samsvar med partens

³³ Bernt(1981) s. 100

³⁴ Mellbye(1990) s. 102

³⁵ Graver(2007) s. 555

forventning kan ivaretas ved at parten yter noe tilbake. Forvaltningen har i en del tilfeller adgang til å sette vilkår for å benytte sin vedtakskompetanse. Denne adgangen er ofte blitt begrunnet ut ifra en "fra det mer til det mindre" -argumentasjon. Hvor Forvaltningen kan gjøre det mer; å avslå en søknad, kan den også gjøre det mindre; innvilge den med visse forbehold.³⁶ Det kan for eksempel tenkes at forvaltningsmyndighetene normalt ikke gir en slik utslippstillatelse som parten hadde en forventning om, men at dersom parten påtar seg å rense utslippene til et visst nivå vil de her likevel gi slik tillatelse. Eller at forvaltningen i utgangspunktet ikke ville gitt byggetillatelse, begrunnet i hensynet til trafikksikkerhet, men at byggetillatelse likevel gis dersom den private part bidrar til avhjelpe de ulemper som følger med byggeprosjektet. Det må her bemerkes at det er grenser for hvor langt forvaltningen kan gå i å sette vilkår. Vilkåret må for det første ha saklig sammenheng med det den private part søker om. For det andre må vilkåret ikke være uforholdsmessig tyngende.³⁷

Jeg vil etter dette konkludere med at en parts berettigede forventninger er relevante og kan tillegges vekt ved forvaltningens skjønnsutøvelse. Hvor stor vekt forvaltningen kan legge på dette hensyn finner jeg vanskelig å si noe generelt om. Men det er et poeng at det her kun er tale om en forventning og ikke en rettsposisjon, og at forvaltnings hovedoppgave er å ivareta samfunnets interesser.

³⁶ Eckhoff(2003) s. 375

³⁷ Eckhoff(2003) s. 377

5.3.4 Forvaltningens plikt til å ta i betraktning berettigede forventninger ved skjønnsutøvelsen

Jeg skal her drøfte hvorvidt forvaltningen har en plikt til å ta hensyn til en parts berettigede forventninger ved skjønnsutøvelsen. Dette er som nevnt noe annet enn en plikt til å handle i samsvar med de uttalelser den har kommet med. Tidligere opererte man med et klart skille mellom binding og ikke-binding. Tanken var den at enten forelå det en formell beslutning, og da var forvaltningen forpliktet, eller så forelå det ingen formell beslutning, og da var forvaltningen overhodet ikke forpliktet. Dette tiltross for de forventninger uttalelsen hadde bidratt til å skape.³⁸ Spørsmålet er her om forvaltningens uttalelser kan innebære forpliktelser selv om det ikke foreligger forhåndstilsagn eller forhåndsføringer, her en plikt til å ta i betraktning en privat parts berettigede forventninger ved skjønnsutøvelsen.

Utgangspunktet er at forvaltningens står forholdsvis fritt i utøvelsen av sin skjønnsmyndighet. Visse skranker er det imidlertid for forvaltningens "frie" skjønn. Skjønnsutøvelsen må som nevnt i 5.3.3 være forsvarlig. Forvaltningens plikt til å legge vekt på hensynet til en parts berettigede forventninger må således begrunnes i at forvaltningens unnlatelse av å gjøre dette innebærer at forvaltningens skønnsvurdering ikke er forsvarlig. Også i 5.3.3 var utgangspunktet at forvaltningens skønnsvurdering må være forsvarlig, men der var spørsmålet om det å ta berettigede forventninger i betraktning gjorde vurderingen uforsvarlig. Her er spørsmålet om det å unnlate dette er uforsvarlig.

En generell plikt til å ta hensyn til berettigede forventninger ved skjønnsutøvelsen er ikke lovfestet i norsk rett. Jeg kan heller ikke se at rettspraksis gir grunnlag for en slik slutning. At det foreligger en plikt til å ta berettigede forventninger i betraktning må således søkes begrunnet på annen måte.

³⁸ Bernt(1981) s. 98-99

EF- domstolen har som ledd i sin virksomhet oppstilt en rekke forvaltningsrettslige prinsipper, herunder et prinsipp beskyttelse av berettigede forventninger.³⁹ Kjernen i dette prinsippet er at det skal tas hensyn til rettssubjektenes berettigede forventninger både når det treffes avgjørelser og når det utstedes regler.⁴⁰ Også berettigede forventninger skapt ved veiledende forhåndsuttalelser og andre tilkjennevisninger kan i prinsippet nyte rettsbeskyttelse forutsatt at de ikke er ulovlige. Det stilles ikke noe formkrav til uttalelsene. Innholdet av uttalelsene er derimot av avgjørende betydning. Dette kan være grunnen til at EF- domstolen ikke har gitt medhold i mer enn tre saker(per 2005). Innen EF-retten synes prinsippet å innebærer en plikt for forvaltningen til å ta hensyn til rettssubjektenes berettigede forventninger ved sin skjønnsutøvelse, men i utgangspunktet ikke en plikt til å handle i samsvar med de forventninger de har bidratt til å skape. Likevel slik at det kan tenkes at disse forventningene vil bli tillagt avgjørende vekt.⁴¹

Også den europeiske menneskerettighetsdomstol, heretter forkortet EMD, har oppstilt et prinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger, jfr. håndboken ”The administration and you” som er utarbeidet av Europarådets sekretariat på grunnlag av Den europeiske menneskerettskonvensjonen, heretter forkortet EMK, praksis og Europarådets rekommandasjoner. Det følger av denne at: ”The administrative authorities must be consistent in their administrative acts so as to respect the legitimate trust which private persons ought to be able to place in them”, se s. 17. Hva prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger innebærer innen EMKs virkeområde er noe mer usikkert. Det kan tenkes at denne kun innebærer at forvaltningen i sin myndighetsutøvelse må opptre konsekvent, altså at den må følge dens egen tidligere praksis. I håndboken oppstilles det imidlertid en test bestående av tre spørsmål, for å kunne fastslå om hensynet til berettigede forventninger er ivaretatt: ”(a) Was there something in which trust could be placed (clear message by the administrative authorities)? (b) Did the ”person concerned” actually trust? (c) Is the trust of the ”person concerned” worth protecting?”. Disse synes å forutsette at

³⁹ Graver(2007) s. 67

⁴⁰ Mørup(2005) s. 31

⁴¹ Mørup(2005) s. 39-40

prinsippet kommer til anvendelse i den konkrete sak og at det avgjørende ikke er hva som er grunnlaget for forventningen, men at den er berettiget. Når EMD først har oppstilt et slikt prinsipp er det nærliggende å anta at dette i det minste innebærer at forvaltningen ved sin skjønnsutøvelse må ta i betraktning den privates berettigede forventninger.

Et prinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger etter henholdsvis EF- retten og EMK har betydning i norsk rett i to henseende. For det første vil det ha betydning hvor det er tale om å gjøre inngrep i rettigheter etter EØS-avtalen og EMK. Forvaltningen vil her ha en plikt til å ta hensyn til den privates berettigede forventninger i kraft av at de har gjort EØS-retten og EMK til en del av norsk rett gjennom EØS-loven og menneskerettsloven. For det andre kan det tenkes å få betydning utenfor de tilfeller som gjelder EF-retten og EMK som et argument for at det samme også bør gjelde her. Dette kan begrunnes både med at et slikt prinsipp har gode grunner for seg, og i at andre rettslige systemer har funnet grunn til å operere med et slikt prinsipp.

Det er spesielt innrettelseshensynet som tilsier at forvaltningen bør ha en plikt til å ta hensyn til en parts berettigede forventninger ved sin skjønnsutøvelse. For det første vil den private part ofte oppleve det som urimelig at forvaltningen ikke holder seg til det den tidligere har uttalt. For det andre kan det tenkes at vedkommende kan lide tap ved at forvaltningen handler i strid med dennes forventning, se 5.3.3. Det fremstår som urimelig at enten har forvaltningen ved sine uttalelser forpliktet seg, og da til å fatte vedtak av et bestemt innhold, eller så har de ikke forpliktet seg, og da står forvaltningen fritt til å se bort i fra de forventninger de selv har bidratt til å skape. Så lenge den private var berettiget til den forventning som er grunnlaget for innrettelsen, bør forvaltningen i det minste ha en plikt til å ta denne i betraktning når den vurderer om den skal benytte sin vedtakskompetanse.

Det kan også argumenteres for en plikt for forvaltningen til å ta hensyn til en privats berettigede forventninger med utgangspunkt i kravet til forholdsmessighet. Det synes rimelig klart at det foreligger et krav om at forvaltningens avgjørelser må være

forholdsmessige.⁴² Kravet innebærer for det første at forvaltningen ikke kan gjøre inngrep i privates interesser med mindre tiltaker er egnet til å fremme hjemmelovens formål, for det andre må tiltaket være nødvendig for å fremme dette formål. For det tredje kan kravet til forholdsmessighet innebære et krav om at fordelene med tiltaket må oppveie ulempene.⁴³

Som inngrep regnes i denne relasjon både det at forvaltningen fatter vedtak om å forby eller påby noe, og det at den beslutter å ikke gjøre unntak fra et generelt forbud eller påbud.⁴⁴

Et krav om at forvaltningens avgjørelser må være forholdsmessige innebærer at forvaltningen må vurdere dette. Ønsket om å fremme lovens formål må avveies mot de interesser som vil bli skadelidende, dersom forvaltningen treffer et vedtak i samsvar med disse formål.⁴⁵ Det synes paradoksalt om forvaltningen ved en slik vurdering kan se bort ifra de forventninger de selv har bidratt til å skape.⁴⁶

I juridisk teori argumenteres det også for at det foreligger en plikt for forvaltningen til å ta hensyn til de berettigede forventninger de ved sine veiledende uttalelser har bidratt til å skape. Frihagen har i den forbindelse uttalt følgende: "Når det skal utøves skjønnsmessig myndighet, vil det forhold at en part har hatt grunn til å innrette seg etter myndighetenes opplysninger, normalt være et relevant moment. Dermed vil det ikke alltid spille så stor rolle om uttalelsen er ment som et tilsagn eller bare som en opplysning. Hvor tungtveiende det er, vil avhenge av forholdene. Av særlig betydning er at det i mange tilfeller vil være grunn til å bruke *dispensasjonsmyndighet* slik at en unngår urimelige resultater. Hensynet til den part som har innrettet seg etter myndighetenes uttalelse, kan etter forholdene veie så tungt at myndighetene må antas å få en direkte plikt til å dispensere".⁴⁷

⁴² Bernt(1981) s. 100, Graver(2007) s. 131, Eckhoff(2003) s. 368

⁴³ Graver(2007) s. 128-129

⁴⁴ Graver(2007) s. 128-130

⁴⁵ Bernt(1978) s. 257-258

⁴⁶ Bernt(1981) s. 100

⁴⁷ Frihagen(1991) s. 293

Utgangspunktene må nok sies å være at i den utstrekning en veiledende forhåndsuttalelse har gitt en part en berettiget forventning, og det er adgang for forvaltningen til å ta denne i betraktning, så har den også en plikt til dette. Dette utgangspunkt er ikke så betenkelig, jfr. det som er sagt i 5.3.3 om terskelen for å anse et hensyn for å være relevant. Også her er det nok vekstspørsmålet som er mest interessant. Å si at forvaltningen har en plikt til å tillegge en parts berettigede forventninger stor vekt, og særlig avgjørende vekt, er derimot mer betenkelig. En plikt for forvaltningen til å tillegge en parts berettigede forventninger avgjørende vekt kan nok kun oppstilles unntaksvis. Forvaltningens oppgave er som nevnt først og fremst å ivareta samfunnsinteresser. Å tillegge en parts forventninger avgjørende vekt innebærer også en forskjellsbehandling i forhold til de parter som i andre lignende saker ikke har en slik forventning. Hvor en privat skulle komme dårlig ut og dette fremstår som urimelig kan det tenkes at vedkommende kan kompenseres like godt eller i hvert fall godt nok på annen måte, for eksempel ved erstatning. Jeg bemerker her at selv om en parts berettigede forventninger kun unntaksvis bør tillegges avgjørende vekt, innebærer ikke dette at forvaltningen kun unntaksvis bør fatte vedtak i samsvar med partens forventning. Også andre hensyn enn en parts berettigede forventning kan tilsi at forvaltningen fatter vedtak som er i samsvar med forventningen.

Jeg kommer etter dette til at forvaltningen også har en plikt til å ta en parts berettiget forventning i betraktning, så lenge den har adgang til dette, men at det er begrenset hvor mye vekt den har plikt til å legge på denne.

6 SANKSJONER VED OVERTREDELSE AV KOMPETANSE

6.1 Innledning

Jeg skal her drøfte mulige sanksjoner hvor forvaltningen ikke handler i samsvar med de forventninger de har bidratt til å skape ved sine veiledende forhåndsuttalelser. Tanken er at forvaltningen ved å gi en privat forventninger den senere ikke kan innfri har gått utenfor sin kompetanse. I 6.2 vil jeg ta for meg spørsmålet om det offentlige kan ha et erstatningsansvar for å ha skapt forventninger som senere ikke blir innfridd. I 6.3 vil jeg gjøre rede for adgangen til å klage til sivilombudsmannen.

6.2 Erstatning

6.2.1 Innledning

Problemstillingen her er om det offentlige kan ha et erstatningsansvar som følge av at de ved sine veiledende forhåndsuttalelser har skapt forventninger hos en part, som de senere ikke innfrir.

Jeg forutsetter her at de vedtak forvaltningen har fattet er gyldige. Det som her eventuelt begrunner et erstatningsansvar er det forhold at forvaltningen har skapt en forventning, som den senere ikke oppfyller. Årsaken til at forvaltningen fatter vedtak med et annet innhold en først forespeilet kan være mange. Forvaltningsorganet eller tjenestemannen den private har vært i kontakt med kan ha tolket en regel feil, subsumert feil eller utøvd skjønnet annerledes enn på vedtakstidspunktet.

Det offentlige er ansvarlig for sine organer og tjenestemenn etter reglene om arbeidsgiveransvar, jfr. skadeerstatningsloven av 1969, heretter forkortet skl., kapittel 2. Det følger av skl. § 2-1 nr. 1 at: "Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller

uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren(...)". Med arbeidsgiver menes "det offentlige og enhver annen som i eller utenfor ervervsvirksomhet har noen i sin tjeneste(...)", jfr. skl. § 2-1 nr. 2, og med arbeidstaker menes "enhver som gjør arbeid eller utfører verv i arbeidsgivers tjeneste(...)", jfr. skl. § 2-1 nr. 3. Av skl. § 2-1 nr. 1 første pkt. følger det at arbeidsgiver kun svarer for skade som voldes "(...)under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren(...)". Dette innebærer at det kun er de uttalelser en tjenestemann kommer med i egenskap av offentlig tjenestemann som det offentlige svarer for og ikke de uttalelser vedkommende kommer med som privat person. I rt. 1962 s. 89 var spørsmålet om staten var ansvarlig for tap som to hermetikk fabrikker hadde lidt som følge av at de hadde stolt på opplysninger gitt av en juridisk sekretær i Landbruksdepartementet. Hun hadde opplyst at det var et absolutt forbud mot hermetisering av tørkede erter. Senere ble det imidlertid lagt til grunn at det var mulig å gi dispensasjon fra dette forbudet. Flertallet kom til at uttalelsen ikke kunne anses som en formell uttalelse som kunne føre til at staten ble ansvarlig. A hadde henvendt seg til B per telefon og det ble avtalt at B skulle møte ham og daværende sekretær i Handelsdepartementet P til en kopp kaffe ute i byen. Under samværet hadde A snakket om hermetiseringsforbudet og dispensasjonsmulighetene. B ga her uttrykk for at forbudet var absolutt, men kunne forelegge saken for sin overordnede i departementet for å se om noe kunne gjøres. Noen tid senere oppsøkte A B i departementet, og B uttalte da at det ikke var noe som kunne gjøres. Høyesterett uttalte at: "Alt tyder på at det dreier seg om private, uformelle samtaler mellom bekjente, hvorunder fru B som privatperson og for egen regning har uttalt seg om spørsmål som A i samtalsens løp har brakt på bane(...)".⁴⁸

I utgangspunktet er det et grunnvilkår for et erstatningsansvar for det offentlige at handlingen eller myndighetsutøvelsen er urettmessig. Dette fordi private ofte må sies å bli påført et tap som følge av det offentliges myndighetsutøvelse. Når det offentlige eksempelvis forbyr en aktivitet eller gir pålegg om noe vil dette kunne påføre borgerne tap i form av tapte inntekter eller økte kostnader. I enkelte tilfeller kan det imidlertid bli tale om

⁴⁸ Se Frihagen(1991) s. 294- 295, som omtaler dommen.

et rent objektivt ansvar for skadeforvoldelse uten at det knyttes til noe rettstridig forhold. Et slikt objektivt grunnlag begrunnes ut ifra samme slags vurderinger som ligger til grunn for det offentliges erstatningsansvar ved rådgighetsinnskrenkninger; nemlig at den enkelte uforutsett rammes urimelig hardt som følge av en lovlig regulering til fordel for samfunnsmessige fellesinteresser. Hovedregelen er imidlertid at det må foreligge rettstrid.

Det er ikke bare rettstridige vedtak som kan utløse en skade og eventuelt et erstatningsansvar. Også et manglende vedtak kan utløse en skade, der hvor parten har hatt en forventning om et slikt.⁴⁹

Det er ikke tilstrekkelig for å oppstille et erstatningsansvar for det offentlige at et forvaltningsorgan har gjort en feil. De erstatningsbetingelser som følger av alminnelig erstatningsrett må være oppfylt. Det må første og fremst foreligge et økonomisk tap. Tapet må videre være en følge av den feil forvaltningsorganet har gjort, og dette tapet må være påregnelig. Det må også foreligge et tilstrekkelig ansvarsgrunnlag. Det som er av særlig interesse her er hvilket ansvarsgrunnlag som kreves for å ilegge det offentlige et erstatningsansvar for tap en privat part har fått ved å stole på forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser. Dette vil bli drøftet i 6.2.3. Jeg vil først komme med noen bemerkninger til kravet om økonomisk tap og årsakssammenheng som er særlig aktuelle for de tilfeller det her er tale om.

6.2.2 Økonomisk tap og årsakssammenheng

For at det skal bli tale om et erstatningsansvar må den private part ha hatt et økonomisk tap, og det må foreligge årsakssammenheng mellom den rettstridige handlingen og dette tapet. Jeg vil her peke på et par forhold som er særlig aktuelle når det gjelder spørsmålet om erstatningsansvar for å ha gitt en privat berettigede forventninger, som senere ikke innfris.

⁴⁹ Graver(2007) s. 613-615

I en del tilfeller vil det for det første ikke medføre noe økonomisk tap for parten at forvaltningen treffer vedtak i strid med dennes forventninger. En tjenestemann har f. eks. uttalt at vedkommende vil få innvilget søknad om stønad etter folketrygdeloven. Dersom det senere skulle vise seg at vedkommende likevel ikke har krav på denne stønaden, og han eller hun derfor får avslag, innebærer ikke dette et økonomisk tap for ham eller henne. Vedkommende hadde jo aldri noen rett til denne stønaden.

For det andre begrenser kravet til årsakssammenheng hvilket tap det offentlige i disse tilfeller eventuelt må dekke. Den skadevoldende handling består her i at forvaltningen har skapt en berettiget forventning hos den private part som den ikke burde ha skapt. Kravet til årsakssammenheng vil her kun være oppfylt for det tap som den private har lidt ved å stole på forvaltningens uttalelse. Dette er det som innen privatretten er kalt den negative kontraktsinteresse eller innrettelsestapet. At det kun er innrettelsestape som her kan søkes erstattes følger av rettspraksis. Høyesterett uttalte i rt. 1992 s. 1235, på s. 1241-1242: ”Jeg er enig med lagmannsretten i at tilsagnene kan gi grunnlag for erstatningskrav mot staten selv om det skulle være så at departementet ikke rettslig kunne forplikte seg til å gi kvoter i samsvar med tilsagnene. Det blir i tilfelle spørsmål om erstatning for innrettelsestapet”. Det tap det her eventuelt er tale om vil typisk være investeringer og utgifter til planlegging av eksempelvis et byggeprosjekt eller oppstart av en virksomhet. Det er det forhold at den private part har stolt på forvaltningens uttalelser som medført at vedkommende har hatt pådratt seg disse kostnadene. Den private kan ikke kreve erstattet de inntekter vedkommende ville ha oppnådd hadde dens forventninger blitt innfridd, altså det man i privatretten kaller den positive kontraktsinteresse. Vedkommende hadde jo aldri noen rett på å få søknaden om tillatelsen innvilget. Kravet til årsakssammenheng foreligger således ikke for denne type tap.

6.2.3 Ansvarsgrunnlaget

Spørsmålet i det følgende er hvilket krav som stilles til ansvarsgrunnlag når det gjelder tap som følge av at en privat har innrettet seg i tillit til de berettigede forventninger forvaltningen har bidratt til å skape.

Det følger av skl. § 2-1 nr. 1 at arbeidstaker, her offentlig tjenestemann, må ha opptrådt ”forsettlig eller uaktsomt”, altså et krav om subjektiv skyld. Men denne utelukker ikke at praksis i tillegg kan oppstille andre ansvarsgrunnlag.⁵⁰

Domstolene vil nok ofte komme til at forvaltningen har opptrådt uaktsomt hvor de har gitt veiledende forhåndsuttalelser, som de senere ikke holdt seg til. Forvaltningen vil i mange tilfeller ha gitt uttalelser uten å ha god nok oversikt over saksforholdet. Det er nettopp dette som er begrunnelsen for at forvaltningen bør være tilbakeholdende med å gi slike uttalelser, og heller ikke har noen plikt til å komme med slike, jfr. 3.3. I det følgende vil jeg likevel drøfte om det er tilstrekkelig for å oppstille erstatningsansvar at forvaltningen har opptrådt rettstridig.

Høyesterett har i noen dommer behandlet spørsmål om det offentliges erstatningsansvar for skuffede forventninger, blant annet i rt. 1981 s. 462. Tvisten sto mellom en kommune og et boligbyggelag. Boligbyggelaget hadde kjøpt et større areal med sikte på boligbebyggelse. Kommunen hadde anbefalt konsesjon, assistert boligbyggelaget i delingssaken og byggeprosjektet ble også tatt med i et boligprogram som kommunen utarbeidet. Boligbyggelaget hadde også gitt tilsagn til at kommunen kunne utpeke kjøper til 30 småhustomter. Det lyktes imidlertid ikke for laget å få gjennomslag for den reguleringsplan den i den forbindelse hadde utarbeidet og innlevert. Behandlingen av reguleringsplanen ble av flere grunner først utsatt og så nektet fremmet. Året etter gikk boligbyggerlaget konkurs. Boet fremmet i den forbindelse et krav om erstatning for de utgifter den hadde hatt som følge av at de hadde stolt på at kommunen ville medvirke aktivt til å få reguleringsplanen gjennomført. Boligbyggerlaget fikk under dissens(3-2) ikke medhold.

Det var på det rene at det her ikke forelå noen avtale om noen forpliktelser for kommunen, verken i form av medvirkning til å få reguleringsplanen gjennomført, eller til å dekke

⁵⁰ Eckhoff(2003) s. 448-449

omkostninger til erverv av området og planlegging, dersom planene om utbygging ikke ble realisert. Spørsmålet var om boligbyggelagets forventning likevel kunne ha et erstatningsrettslig vern. Førstevoterende uttalte at dette ”(...)spørsmålet avhenger etter mitt skjønn både av de forventningens grunnlag og styrke og av de forhold som førte til at kommunen ikke traff vedtak i samsvar med forventningen.”, jfr. s. 470.

Når det gjaldt boligbyggerlagets forventningers grunnlag og styrke ble det uttalt følgende: ”UEHs forventning måtte gå på at kommunen ved behandling av reguleringsplanen ville legge til grunn at området var egnet for boligbebyggelse og at reguleringsutkastet ville bli realitetsbehandlet ut fra denne forutsetning, så snart det forelå. Ved utarbeidelse og vedtakelse av reguleringsplaner gjør det seg imidlertid en rekke hensyn gjeldende, og ved særlige saksbehandlingsregler skal planutkastene søkes allsidig belyst. De utførlige saksbehandlingsregler bygningslovens § 27 stiller opp for behandling av reguleringsplaner, må ses i sammenheng med at det er tale om avgjørelser med omfattende langsiktige konsekvenser, hvor det er av fundamental betydning at avgjørelsesgrunnlaget er nøye gjennomarbeidet før det fattes endelig vedtak. Det følger av disse forhold at de forventninger en privat utbygger har fått etter kontakt med kommunen, men uten noen vanlig saksbehandling, vil bygge på usikkert grunnlag og at det vil knytte seg betydelig økonomisk risiko til prosjektet om det ikke ved avtale sørges for en risiko deling”.

Høyesterett fremhever her at vedtakelse av en reguleringsplan innebærer omfattende og langsiktige konsekvenser. Dette stiller igjen strenge krav til avgjørelsesgrunnlaget. En privat vil derfor vanskelig kunne sies å ha en velbegrunnet forventning om at kommunen ville medvirke til en slik reguleringsplan på et tidlig stadie i saken. Helt utelukket er det imidlertid ikke at kommunen kan tenkes å ha et erstatningsansvar i disse typer saker. Førstevoterende uttalte videre: ”Det kan nok likevel tenkes at en forventning skapt av kommunen om at planen vil bli gjennomført, bør ha erstatningsrettslig vern”, jfr. s. 471. I den foreliggende sak ble der imidlertid tillagt avgjørende vekt at boligbyggelaget hadde erfaring som utbyggere og derfor kunne vurdere risikofaktorene, selv om dette tydeligvis ikke ble gjort. Det Høyesterett her trolig gir uttrykk for er at selv om boligbyggerlaget her

hadde en forventning var den trolig ikke berettiget. Hadde de vurdert risikofaktorene ville forventningen deres trolig vært en annen. Det var imidlertid ikke dette alene som begrunnet at kommunen ikke var erstatningsansvarlige. Dette måtte ses i sammenheng med begrunnelsen for at reguleringsplanen ble nektet fremmet, se s. 471. Førstevoterende uttalte her: ”Det foreligger ingen misforståelse av den faktiske situasjonen, og de synspunkter som ble avgjørende er helt ut relevante(...)”, altså de synspunkter som ble medførte at kommunen besluttet å ikke vedta reguleringsplanen. Avgjørende for flertallet synes å være at boligbyggelaget for det først ikke hadde en berettiget forventning om at kommunen skulle medvirke til at reguleringsplanen ble vedtatt. For det andre at det ikke forelå noen feil ved kommunens behandling av saken. At det Høyesterett kom til at det ikke forelå noen feil ved kommunens behandling av saken må trolig ses i sammenheng med at de ikke betraktet boligbyggelagets forventning som berettiget. Det ble på s. 472 uttalt følgende: ”Bildet av en riktig og forsvarlig behandling fra kommunens side endrer seg etter mitt skjønn ikke om man også tar UEHs forventning i betraktning”. Det virker her til at flertallet her ikke har ansett boligbyggelagets forventning for relevant. Dette trolig da de ikke anså den for å være berettiget. Det forelå da ingen feil ved kommunens vurdering av saken.

Høyesterett uttalte videre: ” Selv om man skulle finne at de etter sin art og styrke burde inngå i kommunens vurdering av reguleringsspørsmålet, kan det etter mitt skjønn ikke bebreides kommunen at den ikke gav forventningen sterkere gjennomslagskraft”. Dette kan tolkes dit hen at selv om man skulle komme til at boligbyggelagets forventning var berettiget, kunne ikke kommunen sies å ha en plikt til å legge særlig stor vekt på denne. Høyesterett, ved flertallet, utelukket imidlertid ikke det kunne tenkes tilfeller hvor det burde tilkjennes erstatning selv om det ikke var gjort noen feil, men mente at det ikke var rom for slike synspunkter i den foreliggende sak, jfr. s. 472. Dette innebærer trolig at der hvor en part er gitt en berettiget forventning, kan det tenkes at det offentlige ilegges et erstatningsansvar, selv om forvaltningen har tillagt denne tilstrekkelig vekt ved sin skjønnsutøvelse. Dette skyldes at det erstatningsbetingende forhold ikke er forvaltningens behandling av selve vedtaket, men det at forvaltningen ved sin opptreden har skapt forventninger til vedtaket det ikke var grunnlag for.

Det skal mye til for at domstolene vil overprøve et forvaltningsorgans skjønnsutøvelse. Domstolens overprøvelsesrett er begrenset til området for det som populært er kalt misbrukslæren. Det henvises her til grensen for forvaltningens frie skjønn. Det er alminnelig antatt at forvaltningen ikke kan ta utenforliggende hensyn, fatte vilkårlige eller sterkt urimelige avgjørelser⁵¹. Det vil altså foreligge en rekke tilfeller hvor man ikke har grunnlag for å si at det foreligger feil ved forvaltningsorganets skjønnsutøvelse selv om dette har fattet vedtak i strid med de forventninger den selv har bidratt til å skape. Dette tilsier at man ikke legger alt for stor vekt på behandlingen av saken, men heller på forventningenes grunnlag og styrke. Jo mer berettiget en privats forventninger er, desto mindre vekt bør man legge på at forvaltningens skjønnsutøvelse i og for seg var riktig. Ved forvaltningens skjønnsutøvelse skal jo fokuset være hva som totalt sett er det beste resultatet, ikke hva som er det beste resultatet for den part som har en forventning. Erstatning kan bidra til å bøte på at partens berettigede forventning må vike til fordel for fellesinteressen, da det er forvaltningen selv som har gitt parten denne.

Mindretallet synes å ha dette syn. De kom til at det forelå erstatningsansvar. På side 477 uttalte andrevoterende følgende: ” Som jeg tidligere har vært inne på, er Malvik kommune ikke slik bundet overfor UEH at den ikke ut ifra en holdningsendring skal kunne beslutte at Storsand-feltet fortsatt skal nyttes til jordbruksformål. Kommunen har imidlertid gjennom sin tidligere opptreden klart tilkjennegitt overfor UEH sitt ønske om at området utnyttes til boliger. Ut ifra den berettigede forventning om positiv medvirkning fra kommunens side som boligbyggelaget på dette grunnlag har fått, har det ervervet området og satt i gang planeringsarbeidet(...)Når kommunen da ut fra en endret holdning til ønskeligheten av utbygging av arealet legger det utarbeidede forslag til reguleringsplan til side, må den etter min oppfatning erstatte laget de utgifter det forgjeves har påført seg”. Mindretallets begrunnelse for at det foreligger erstatningsansvar er at boligbyggelaget var gitt en berettiget forventning som kommunen senere ikke innfridde. At det heftet feil ved

⁵¹ Eckhoff(2003) s.350-370

kommunens avgjørelse av saken fikk her ikke betydning for om det forelå erstatningsansvar.

Uenigheten mellom flertallet om mindretallet synes å dreie seg om spørsmålet om hvorvidt det her foreligger berettigede forventninger, og ikke om hvorvidt berettigede forventninger har erstatningsrettslig vern.

Også i rt. 1990 s. 1235 berøres spørsmålet om forventningers betydning. Når det gjelder saksforholdet henviser jeg til 5.2 hvor denne dom også er omtalt. Høyesterett vurderte her først om finansdepartementets vedtak om avslag var ugyldig, men kom til at vedtaket var gyldig. Derneft var spørsmålet om rederiet hadde et erstatningskrav mot staten, basert på deres skuffede forventninger. Også her synes Høyesterett å forutsette at berettigede forventninger kan ha erstatningsrettslig vern, men at det her ikke var tale om slike berettigede forventninger. De uttalte blant annet: ”Rederiets tap ved å innrette seg etter den uriktige praksis må anses som en ganske indirekte følge av den feil som ble begått. Når det gjelder forventningens styrke, må jeg medgi at rederiet hadde god grunn til å tro at søknaden var kurant, men rederiets forventninger bygget ikke på at det i forbindelse med søknaden hadde tatt noen direkte kontakt med de organer som administrerte subsidieordningen.”, se s. 1242. Forventningens grunnlag tilsa trolig her at det ikke forelå noen berettiget forventning.

Selv om Høyesterett i begge disse dommene kom til at det ikke forelå erstatningsansvar, synes de å forutsette at en parts forventninger kan nyte erstatningsrettslig vern hvor disse er berettiget. Det er her ikke et absolutt krav om at det må hefte feil ved forvaltningens behandling av den senere sak.

Ingen av dommene sier noe direkte om ansvarsgrunnlaget. Det kan imidlertid virke til at det er tilstrekkelig at forvaltningen har gitt en part en berettiget forventning, altså at det foreligger rettstrid. Det er således ikke et krav om at det er noe å bebreide forvaltningen for

å ha gitt parten den berettigede forventning, selv om dette nok ofte vil være tilfelle hvor forvaltningen stammer fra forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser.

I juridisk teori legges det til grunn at forvaltningen som hovedregel har et objektivt ansvar for rettstridige handlinger, se blant annet Graver, Hagstrøm, Eckhoff og Smith samt Frihagen⁵². Frihagen skriver følgende om dette på s. 188- 189: ”Etter mitt skjønn må det legges til grunn at det normalt er et objektivt ansvar for svikt i det offentliges myndighetsutøvelse overfor borgerne. Tap pga. slike driftsuhell ved statsapparatet bør fordeles på borgerne- ikke ramme den enkelte som tilfeldigvis er utsatt for feilen”.

Jeg kommer etter dette til at det er tilstrekkelig for at kravet til ansvarsgrunnlag er oppfylt i denne type saker at forvaltningen har opptrådt rettstridig.

6.3 Klage til sivilombudsmannen

En privat kan klage til Stortingets ombudsmann for forvaltningen, kalt sivilombudsmannen, hvor vedkommende mener at forvaltningen har gjort en feil eller behandlet vedkommende urett. Ombudsmannsordningen utgjør et nyttig supplement til domskontroll. Den gjør det mulig å få avgjort klager på en enklere og billigere måte enn ved å gå til sak⁵³.

Den private kan ikke kreve noe annet eller mer ved å klage til sivilombudsmannen isteden for domstolene, men terskelen er her lavere. Enhver som mener å ha blitt utsatt for urett kan klage til sivilombudsmannen, jfr. lov om Stortingets ombudsmann av 1962, heretter forkortet ombml. § 6(1). Det er ikke her noe krav om at klageren har ”rettslig klageinteresse” som etter fvl. § 28. Det er heller ikke noe krav at det er et enkeltvedtak vedkommende ønsker klage på.⁵⁴ Det følger av Instruks for Stortingets ombudsmann for

⁵² Graver(2007) s. 623-624, Hagstrøm(1987) s.242, Eckhoff(2003) s. 449, Frihagen(1992) s. 187-189

⁵³ Eckhoff(2003) s. 473

⁵⁴ Eckhoff(2003) s. 472

forvaltningen, heretter omtalt som instruksen, § 1 at Sivilombudsmannen: ”(...)skal arbeide for at det i den offentlige forvaltning ikke blir gjort urett mot den enkelte borger og at embets- og tjenestemenn og andre som virker i forvaltningens tjeneste ikke gjør feil eller forsømmer sine plikter”.

Hvor den privates klage går ut på at forvaltningen ved sine veiledende forhåndsuttalelser har forpliktet seg til å fatte et vedtak av et bestemt innhold, eller til å legge særlig vekt på visse hensyn, taler vi om en klage på en sak om enkeltvedtak. Annerledes er dette hvor den private ikke mener det er noe i veien med selve vedtaket, men at forvaltningsorganet bør erstatte det tapet vedkommende har hatt som følge av at den stolte på dets uttalelse.

Sivilombudsmannen har trolig også en større adgang til å ”overprøve” forvaltningsorganets skjønnsutøvelse enn domstolene, jfr. uttrykkene ”klart urimelig” og ”klart strir mot god forvaltningspraksis”, som kommer i tillegg til ”ugyldig”, jfr. ombml. § 10(2) 3 pkt.

Domstolene kan kun overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse i den utstrekning skjønnsutøvelsen er så uforsvarlig eller urimelig osv. at vedtaket må kjennes ugyldig.

Sivilombudsmannens kompetanse er imidlertid ikke så vid som overordnet forvaltningsorgan til å ta standpunkt til avgjørelsers rimelighet og hensiktsmessighet.⁵⁵

Sivilombudsmannen kan ikke treffe bindende vedtak. Han uttaler kun sin mening, jfr. ombml. § 10(1). Det følger av § 10(2) at: ”Ombudsmannen kan påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelige forhold i den offentlige forvaltning”. For visse tilfeller er dette nærmere presisert: ”Om han finner tilstrekkelig grunn til det, kan han meddele påtalemyndigheten eller tilsettingsmyndigheten hva han mener i den anledning bør foretas overfor vedkommende tjenestemann”. Sivilombudsmannen kan altså komme med oppfordringer om at den eventuelle kompetanseoverskridelsen får konsekvenser for den aktuelle tjenestemann som kom med uttalelsen. Det følger videre av § 10(2): ”Kommer Ombudsmannen til at en avgjørelse må anses ugyldig eller klart urimelig, eller klart strir

⁵⁵ Eckhoff(2003) s. 473

mot god forvaltningspraksis, kan han gi uttrykk for dette. Mener Ombudsmannen at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning for saken, kan han gjøre vedkommende forvaltningsorgan oppmerksom på dette.” Det følger her at Ombudsmannen kan komme med oppfordring om at forvaltningsorganet tar opp saken til ny vurdering. Av ombml. § 10(3) følger det at dersom Ombudsmannen finner at det foreligger forhold som kan medføre erstatning ”(...)kan han etter forholdene gi uttrykk for at det bør ytes erstatning”. Selv om disse uttalelsene ikke er bindende vil forvaltningsorganet som oftest rette seg etter disse⁵⁶.

I tillegg til å komme med uttalelser i konkrete saker kommer Sivilombudsmannen med en årlig melding til Stortinget, jfr. ombml. § 12. Denne skal inneholde en oversikt over behandlingen av de enkelte saker det foregående år som Ombudsmannen mener har alminnelig interesse. Han skal her blant annet nevne de tilfeller hvor han har gjort oppmerksom på mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis. Selv om dette ikke får virkning for den konkrete sak, vil denne ordning kunne medføre en regelendring, hvor det viser seg å være behov for dette. Det kan for eksempel føre til at det på et rettsområde lovfestes en plikt for forvaltningen til å legge til grunn, eller større vekt på, forvaltningens uttalelser gitt i forkant av behandlingen av en sak. Det kan også medføre at forvaltningspraksis endres. Det kan tenkes det blir gitt instruks om at det på et rettsområde ikke skal gis annet enn generell rettsinformasjon før en sak er endelig behandlet og avgjort.

⁵⁶ Eckhoff(2003) s. 472

7 AVSLUTNING

I kapittel 3 kom jeg til at forvaltningen ikke hadde noen plikt til å gi veiledende forhåndsuttalelser, men at de hadde en adgangen til å gi slike. I kapittel 5 og 6 drøfta jeg hvilke rettsvirkninger forvaltningens veiledende forhåndsuttalelser kan få. På bakgrunn av dette vil jeg avslutningsvis si litt om hvorvidt forvaltningen bør gi veiledende forhåndsuttalelser.

Utgangspunktet er nok at forvaltningen bør være tilbakeholdende med å gi slike, jfr. blant annet miljødepartementets uttalelse, se 3.3. Når forvaltningen gir veiledende forhåndsuttalelser gjør de dette uten at de alminnelige saksbehandlingsregler er fulgt. Selv hvor forvaltningen er forbeholden i sine uttalelser vil disse være egnet til å gi en part forventninger. Parten vil regne med at det forvaltningen har uttalt er riktig. Ved en senere behandling av saken kan det også vise seg at andre interesser enn de som var synelig ved forespørselen tilsier et annet resultat enn det som først ble forespeilet. En tredjeperson kan for eksempel ha motstridende interesser i en sak. Som jeg kom til i kapittel 5 vil det høre til unntakstilfellene at forvaltningen vil ha en plikt til å legge avgjørende vekt på en parts berettigede forventninger. Det er derfor særlig hensynet til parten selv som tilsier at forvaltningen bør være tilbakeholden med å gi veiledende forhåndsuttalelser.

I enkelte typer saker kan en privat imidlertid ha et særlig behov for at forvaltningen gir en veiledende forhåndsuttalelse. Dette er aktuelt hvor det er tale om søknadsprosesser som er tidkrevende og kostbare, som i byggesaker, og i saker som dreier seg om privates plikter. Spesielt aktuelt er dette hvor det at plikten ikke overholdes innebærer negative sanksjoner, både "straff" i vid betydning og tap av rettigheter.

I saker hvor det er spørsmål om innholdet av en privats plikter kan hensynet til rettssikkerhet og forutberegnelighet tilsi at forvaltningen bør gi veiledende

forhåndsuttalelser. Legalitetsprinsippet innebærer at forvaltningen ikke kan foreta inngrep overfor borgerne uten særlig hjemmel, typisk i formell lov. Det er videre antatt at jo mer inngripende inngrepet er, desto strengere krav til klar hjemmel. Hvor man kommer til at en pålagt plikt innebærer et så stort inngrep at den krever hjemmel i formell lov, vil det fremstå som lite rimelig og tillitsvekkende om en privat, ved å henvende seg til det forvaltningsorgan som er satt til å forvalte dette regelverket, ikke vil kunne få nærmere veiledning om hva hans forpliktelse går ut på. Det er en forutsetning for at det å hjemle en bestemmelse i loven skal ivareta hensynet til forutberegnelighet at private nettopp kan forutse, i alle fall i stor grad, hvilke handlinger som innebærer bestemte konsekvenser. Stort sett vil det også være tale om plikter den private har ovenfor det offentlige, og som ikke direkte berører en tredjepart, slik at dette hensynet ikke er så aktuelt her.

Forvaltningen vil som oftest også holde seg til det de først har uttalt. Det vil således høre til unntakstilfellene at forvaltningen fraviker det de tidligere har sagt. Hvor forvaltningen her gir veiledende forhåndsuttalelser vil dette trolig medføre økt rettssikkerhet og forutberegnelighet.

Det kan imidlertid anføres at en slik ordning ikke gir tilstrekkelig forutberegnelighet. Selv om forvaltningen sjeldent vil fravike det den har uttalt i disse tilfeller, vil uttalelsen ikke innebærer en forpliktelse for forvaltningsorganet til senere å måtte følge den. Selv hvor det skulle vise seg at forvaltningen ved ikke å disponere i samsvar med sine uttalelser har pådratt seg et erstatningsansvar, er det ikke alltid dette vil være tilfredsstillende nok for den som lider tap som følge av at den har stolt på uttalelsen. Det vil også forekomme en del tilfeller hvor erstatning ikke er aktuelt da det ikke foreligger noe økonomisk tap, jfr. det som er sagt i 6.2.2. Den som får sine forventninger skuffet vil nok allikevel ofte føle at den har lidt et tap.

Dette kan tilsi at forvaltningen bør gi bindende forhåndstilsagn og/eller forhåndsføringer i de tilfeller det er adgang til dette, og ellers kun gi generell rettsinformasjon, hvor det ikke er grunnlag for en slik binding. Det kan nok i denne forbindelse spørres om kanskje

ordningen med bindende forhåndstilsagn og forhåndsføringer bør vurderes utvidet til også andre rettsområder. Men her kommer også hensynet til fornuftig ressursutnytting inn. Hvor mye av fellesskapets midler bør brukes for å sikre rettsikkerhet og forutberegnelighet? Det er ikke nødvendigvis slik at den rettssikkerhet vi her oppnår står i samsvar med det den vil koste. Det kan således tenkes at andre løsninger her er bedre, som for eksempel erstatning.

LITTERATURLISTE

- Bernt, Jan Fridthjof *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn- et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*, I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1978, s. 241 flg. (hentet fra lovdata)
- Bernt, Jan Fridthjof *Avtaler med stat og kommune*. Universitetsforlaget, 1981
- Boe, Erik Magnus *Fusadommen i forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv*. I: Lov og Rett. 1991, s. 323 flg.
- Boe, Erik Magnus *Innføring i juss*. Bind 2: Statsrett og forvaltningsrett. TANO, 1993
- Boe, Erik Magnus *Lovregulering av utbyggingsavtaler- to konkurrerende lovforslag*. I: Lov og Rett. 2004, s. 515 flg. (hentet fra lovdata)
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*. 7. utg. Universitetsforlaget, 2003
- Frihagen, Arvid *Forvaltningsrett*. Bind 1: *Forvaltning og kompetanse*. 3. utg. Forlaget A. Frihagen A/S, 1991
- Frihagen, Arvid *Forvaltningsrett*. Bind 3: *Omgjøring, kontroll og ugyldighet*. 4. utg. Forlaget A. Frihagen A/S, 1992
- Graver, Hans Petter *Konkurransetilsynets veiledningsplikt på bakgrunn av forvaltningens alminnelige veiledningsplikt*. I: Tidsskrift for forretningsjuss. 2004, s. 187 flg. (hentet fra lovdata)
- Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utg. Universitetsforlaget, 2007
- Hagstrøm, Viggo *Offentligrettslig erstatningsansvar*. TANO, 1987
- Mellbye, Halfdan *Forvaltningens adgang til å omgjøre myndighetsavgjørelser*. I: Jussens venner. 1990, s. 95 flg.
- Mørup, Søren Højgaard *Berettigede forventninger i forvaltningsretten*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005
- The administration and you, a handbook, Council of Europe publishing, Strasbourg, 1996
- Woxholt, Geir *Forvaltningsloven med kommentarer*. 4. utg. Gyldendal Akademisk, 2006

DOMSREGISTER

Rt. 1962 s. 89

Rt. 1973 s. 107

Rt. 1975 s. 620

Rt. 1981 s. 462

Rt. 1990 s. 874

Rt. 1990 s. 1235

Rt. 1992 s. 1235

Sivilombudsmannens årsmelding 1983 s. 118

REGISTER- FORARBEIDER

Ot.prp.nr. 75 (1993- 1994) Om lov om endring i forvaltningsloven (hentet fra lovdata)

Ot.prp.nr. 1 (2000- 2001) Skatte og avgiftsopplegget 2001- lovendring (hentet fra lovdata)

Ot.prp.nr. 22 (2004- 2005) Om lov om endring i plan- og bygningsloven (hentet fra lovdata)

REGISTER- FORSKRIFTER

FOR 1980-02-19 nr. 9862: Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen (hentet fra lovdata)

FOR 2005-06-14 nr. 550: Forskrift om bindende forhåndsuttalelser i skatte og avgiftssaker (hentet fra lovdata)

FOR 2006-12-15 nr. 1456: Forskrift til forvaltningsloven (hentet fra lovdata)

